الزواج فى الفقه الإسلامى

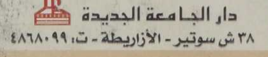
دراسة تشريعية و فقهية

الدكتور

محمد كمال الدين إمام

استاذ الشريعة الإسلامية
كلية الحقوق
جامعة الإسكندرية

٢٠٠٦


دار الجامعة الجديدة
٣٨ ش سوتير - الأزاريطة - ت: ٤٨٦٨٠٩٩



الزواج فى الفقه الإسلامى

دراسة تشريعية وفقهية

الدكتور

محمد كمال الدين إمام

أستاذ الشريعة الإسلامية
كلية الحقوق
جامعة الاسكندرية

٢٠٠٦

دار الجامعة الجديدة للنشر
٣٨ شارع سوتير ت . ٤٨٢٨٠٩٩



إهداء

إلي روح والدتي

في أكـرم جـوار

محمد كمال إمام









﴿ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة﴾

[آية ٢١ سورة الروم]

صدق الله العظيم



بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

علاقة الرجل بالمرأة ضرورة بالفطرة والتكوين، والوظيفة والغاية.

فهي أولاً : ضرورة بحكم الفطرة والتكوين لما جبل عليه الرجل والمرأة من احتياج غريزي للآخر، وهي حاجة مثل غيرها من الحاجات لا يستقر أمر الحياة بغير إشباعها أو في القليل محاولة إشباعها. والحياة السليمة- أخلاقياً وتشريعياً- هي التي تكفل هذا الإشباع من خلال نظام يعترف بالفطرة ويضعها على جادة الطريق.

وهي ثانياً: ضرورة بحكم الوظيفة والغاية، لأن الإنسان في هذه الحياة- رجلاً كان أو امرأة- لم يخلق لمجرد الإشباع أوالاستمتاع، فهو عضو في جماعة من أهم غايتها الحفاظ على البقاء والاستمرار، ولايكون ذلك بغير التناسل، وهي وظيفة لاتقوم إلاّ باجتماع الرجل والمرأة، مع اختلاف الصور وتباين الأشكال التي عرفتها البشرية للقيام بوظيفة التناسل، وتحقيق غاية حفظ النوع واستمرار الإنسان في الوجود.

ويشير إلي ذلك ابن رشد الجد بقوله : ((فالنكاح الذي هو الغشيان جبل الله الخلق عليه بما ركب فيهم من الشهوات ليكون النسل حتي يكمل ما قدره الله))[1] .

والإنسان في رحلته الممتدة وتاريخه الطويل لم يتخل لحظة عن تنظيم هذه العلاقة، وضبط تلك الرابطة، شارك في ذلك بعقله وممارساته، وجاءته الأديان السماوية لتبدد حيرته وتضبط مسيرته، وهو

---

[1] المقدمات والممهدات : تحقيق محمد صبحي ج١ ص٤٥١-٤٥٢

في كل الأحوال، يدرك أهمية تنظيم العلاقة بين الجنسين حفظاً للنوع وصيانة للبيئة الإجتماعية التي يتحرك فيها.

والإسلام باعتباره آخر أديان السماء وخاتم الرسالات إلي الناس وضع للأسرة نظاماً ثابتاً له أصول حاكمة، وقواعد مستقرة. ورغم بعض الخلافات الجزئية التي عرفتها مذاهب الفقه، فإن الإطار العام للعلاقة بين الرجل والمرأة تحكمه في الإسلام قواعد واحدة، وتكاد تقترب من العبادات في ثباتها واستقرارها. وإن احتلت مكانها في قسم المعاملات من الفقه الإسلامي، وقد يفردها البعض -لأهميتها- بقسم خاص في الشريعة الإسلامية، كما استقلت بمؤلفات فقهية خاصة من القرون الهجرية الأولى. فللعلامة " أبي زكريا يحيي بن الخير " من علماء القرن الخامس الهجري -وهو من أعلام الأباضية- كتاب قيم بعنوان " كتاب النكاح " بسط فيه المؤلف ما يتعلق بالموضوع في عبارة سلسلة وأسلوب واضح ولغة تقترب من لغة العصر الحديث، مع التقصي والاستشهاد والتدليل، والتنبيه إلي المعمول به من الأقوال المختلفة، وللعلامة " محمد بن أحمد بن عبد الله بافضل" - وهو فقيه زيدي- من فقهاء القرن التاسع الهجري كتاب " العدة والسلاح في أحكام النكاح" قيل: إنه لايستغني عنه كل من تصدي لعقود الزواج، وقد شرح هذا المتن العلامة "عبد الله بن عمر" في كتابه "مشكاة المصباح"، وكتب عليه حاشية الشيخ "محمد بن سالم" سماها "النقول الصحاح"، ولنفس المؤلف رسالة عنوانها: "المفتاح لباب النكاح" بل إن بعض موضوعات الزواج أفردت بالتأليف منذ وقت مبكر فـ"لابن بطة" من فقهاء القرن الثالث رسالة في "الخلع"، ولآخر رسالة في "الزواج بلا ولي"، و"لابن تيمية" الفقيه الحنبلي رسالة هامة وكبيرة "في إبطال التحليل"، و دراسة فقهية متعمقة في زواج المحلل تعرض للموضوع من جميع

جوانبه ولأحكامه في الأصول والفروع، و"لابن القيم" تلميذ "ابن تيمية" رسالة عنوانها "إغاثة اللهفان في حكم طلاق الغضبان".

ويبدو أن هذا النوع من الرسائل يستوعب موضوعات كثيرة، وهي دراسات خصبة لا تخص مسائل الأسرة وحدها بل كافة مباحث الفقه، بما يقطع بأن الفقه الإسلامي عرف الدراسات المتخصصة في مرحلة مبكرة، بل وجدت فيه دراسات تتعلق بالنظريات العامة في حدود مفاهيم العصر الذي كتبت فيه.

منهج الدراسة:

دراسة الأسرة من زاوية إقامتها وإنشائها وزاوية زوالها وانقضائها، تشترك فيها علوم عدة، فقد يقوم الباحث بدراسة نظم الزواج في التاريخ يعرض لها عند الشعوب المختلفة، وفي الحضارات المتعددة، وهي دراسة شيقة وشاقة تعرض للزواج باعتباره واقعاً اجتماعياً، تصفه لنثروبولوجيا واجتماعياً وتشريعياً من منظور تاريخي، ولعل كتاب "وستر مارك" عالم الأخلاق الشهير في تاريخ الزواج أهم نموذج لما نقصده.

وقد يقوم الباحث بدراسة الزواج باعتباره نسقاً له دوره الاجتماعي ووظيفته الإنسانية، وتلك مهمة وضعها علم الإجتماع على عاتقه، وأصبحت الأسرة والزواج مبحثاً هاماً في علم الإجتماع العام ونشأت لها فروع متخصصة منها علم الإجتماع العائلي، على سبيل المثال لاالحصر.

ودراستنا التي نقوم بها تعالج أحكام الز اج لا تاريخه ولاأنساقه، وتعالج أحكامه في شريعة خاصة هي الشريعة الإسلامية، ومحورها أحكام الأسرة في جمهورية مصر العربية، ما جاءت به نصوص

التشريع وما أحالت إليه من أرجح الأقوال في مذهب الإمام أبي حنيفة، مع الإشارة إلي أحكام الزواج الإسلامي في لبنان، خاصة في المذهب الجعفرى.

فمنهج الدراسة إذن تحليلي يقوم بشرح أحكام نصوص التشريع وردها إلي مصادرها التي استنبطت منها، وعرض الفقه الحاكم لما يقضي به القضاء وهو أرجح الأقوال في الفقه الحنفى، وتأتي المقارنة بين المذاهب الفقهية أو التشريعات العربية تابعة للهدف الأصلى، بقصد إضاءة النص، أو إيضاح الحكم الشرعى، أوتفسير اختيار المشرع. فهي لم تلتزم في كل موضوع وإنما بالقدر الذي يحقق الهدف، ويكفي لبلوغ الغاية.

فصل تمهيدي : قوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان.

الباب الأول : إنشاء الزواج :

الفصل الأول: في معنى الزواج وحكمه ومقدماته.

الفصل الثاني: عقد الزواج خصائصه وأركانه وشروطه.

الفصل الثالث: موانع الزواج.

الفصل الرابع: النيابة في الزواج.

الباب الثاني : آثار الزواج.

الفصل الأول: حقوق الزوجة.

الفصل الثاني: حقوق الزوج.

الفصل الثالث: الحقوق المشتركة بين الزوجين.

الفصل الرابع: إثبات الزواج.

تمهيد:

قوانين الأحوال الشخصية من مصر ولبنان:

منذ الفتح الإسلامي وبلاد المسلمين محكومة بالشريعة الإسلامية، والسلطة القضائية فيها عامة، تحكم في مواد الأحوال الشخصية كما تحكم في غيرها من المسائل جنائية ومدنية، ولما ضعفت الحكومات الإسلامية، وتداعت عليها الدول الأجنبية، دخلت التشريعات الأجنبية إلي العالم الإسلامي، وكادت تغطي الرقعة القانونية كلها اللهم إلاّ ما بقي محكوماً بالشريعة الإسلامية على مضض، وهي مجالات الأحوال الشخصية، ومع ذلك فقد حاولت كثير من الحكومات إدخال تعديلات جوهرية على النظام الإسلامي للأحوال الشخصية في محاولة "لعلمنة" هذه التشريعات كما حدث في تركيا وفي بعض البلاد العربية. وهكذا ضاقت دائرة الإختصاص للمحاكم الشرعية لتشمل الأحوال الشخصية، ولم يعد ينظر أمامها إلاّ القضايا الخاصة بالأحوال الشخصية للمسلمين، أما غير المسلمين فإنهم يتحاكمون في مسائل الأحوال الشخصية إلي محاكم طوائفهم، أو في حالة وحدة القضاء -كما هو في مصر الآن- إلي تشريعاتهم. وكان هذا من بدايته لا يعبر عن سماحة الإسلام فحسب، وإنما عن الواقع التشريعي في مجتمعات ما قبل العصور الحديثة، ولكن الامتيازات الأجنبية استُخدمت في الهجوم على الإسلام من ناحية، وتمزيق الوحدة الوطنية داخل الدولة العثمانية من ناحية أخرى، وأصبح تحاكم الأقليات إلي أديانها يبدو -من ذلك الوقت- محاولة لتقليص السيادة الوطنية والعبث بها.

وقد حاول كتّاب العرب تصوير الامتيازات الأجنبية على أنها الحل الوحيد لمشكلة التعدد الديني، خاصة وأنهم صنعوا للإسلام صورة

نمطية ترفض العقائد الأخري وتعادلها، وهذا يقتضي الإشارة إلـي أمرين[1]:-

الأول: التفسير الغربي للإمتيازات الأجنبية:

الرؤية الغربية للإمتيازات تصورها دائماً على أنها مواجهة لموقف الإسلام من الأديان الأخرى، والعلاقة الدائمة مع الشرق في مفهوم الغرب علاقة صراع وعداء وتبادل سيطرة يقول، "ففرو جيرو" والذي شغل منصباً قضائياً فرنسياً مرموقاً في مؤلف أصدره عن الإمتيازات الأجنبية سنة ١٨٦٦ يقولُ في تعليل الامتيازات الأجنبية "يتعذر أن توجد علاقات ثابتة مستمرة بين شعوب تختلف اختلافاً بيناً في دينها وأخلاقها وقوانينها وعاداتها إلاّ إذا وجدت الشعوب التي يدفعها نشاطها إلـي الأخري ضمانات استثنائية بغيرها لا يمكن أن تحقق له طمأنينة على الأموال والأنفس لذلك كانت ضمانة قضائهم الوطني- المراد هنا الأجنبي- أهم ضمانة يطلبها الأجانب لتأمينهم، إذ بها وحدها يستطيعون أن يقوموا بمنشآت ثابتة ومنتجة".

ففي رأيه أن الامتيازات الأجنبية ترجع في أصلها إلـي وجوب أخذ ضمانات استثنائية للطمأنينة وحماية الأموال والأنفس.

أما "بليسيه روازاس" والذي كان مديراً لمدرسة الحقوق الفرنسية في القاهرة فهو يرجع الامتيازات الأجنبية إلي الشريعة الإسلامية باجتهاد معكوس يقول: عندما تمت الامتيازات الأجنبية الأولي كان التشريع المتبع في الدولة العثمانية مأخوذاً من الشريعة الإسلامية فكان تشريعاً دينياً يربط القضاء بالفكرة الدينية ربطاً وثقاً، إذ القرآن هو مرجع

---

[1] تراجع المعلومات الواردة في هذين الأمرين في رسالة د/ بهي الدين بركات عن "الإمتيازات الأجنبية".

القانون المدني، ومرجع الديانة الإسلامية على السواء، ولذلك فإن نظام القرآن لا يشمل غير المسلمين، بل لايستطيع حمايتهم ولا يريدها، فقانونه نعمة من نعم الدين الإسلامي لا يتمتع بها غير المؤمنين[1] ولما كان من غير المستطاع أن يبقي الأجنبي عدواً على الدوام، وكان حتماً أن يفتح أمامه باب الحياة القانونية ... ولما كانت الشريعة الإسلامية مقصورة على المسلمين، وجب أن يبقي الأجانب خاضعين لقانونهم لأن الشريعة الإسلامية لاتستطيع لهم حماية ولا محاكمة ولا عقوبة لأنها لاتحمي ولاتحاكم ولا تعاقب إلاّ المسلمين، فتجب إذن محاكمة الأجنبي ومعاقبته أمام محاكمه هو... وبكلمة أخري ومن أجل تلخيص رأينا نقول إن الأجنبي الذي يسيح في البلاد الإسلامية أو يقطنها يبقي خاضعاً لقانونه الشخصي، لأن القانون العثماني لاينطبق عليه، لأنه شريعة دينية، فالامتيازات تظهر لنا بمثابة تطبيق لنظرية شخصية القوانين في الأمور الدولية".

فقد رأي "الأستاذ دي روزانس" أن وجود الامتيازات الأجنبية نشأ عن سد نقص في التشريع الإسلامي وقصوره عن تنظيم حالة غير المسلمين.

وأخيراً الأستاذ "رينو" أحد كبار الأساتذة الفرنسيين في أواخر القرن التاسع عشر حيث يقول "للمسلمين رأي في القانون والعدالة يختلف عن آرائنا تمام الاختلاف، فهما في رأيهم جزء من الدين، لذلك كان المسيحيون في البلاد التي فتحها المسلمون خاضعين لقوانينهم وقضائهم، فللأرمن واليهود محاكمهم، فالسلاطين لم يصنعوا بالنسبة للأوروبيين

---

[1] سبق لنا أن فندنا هذه الدعوي في كتابنا: "الحرب والسلام في الفقه الدولي الإسلامي" وقلنا إنها تصوير غ[illegible] لمين لموقف الإسلام من أصحاب الديانات الأخرى.

سين يعدون بي بمدسم سـيــارة سوي أن طبقوا عليهم نفس القوانين التي طبقوها على رعاياهم".

وهذا التفسير الغربي الامتيازات أحد وجوه الموقف الغربي من الإسلام والذي لا يزال حتي اليوم يرسم صورة للمسلمين ودينهم تخالف الحقيقة، ويقرأ تاريخهم بصورة مغلوطة، ويتعامل مع شعوبهمَ بمنطق القوة المتعالية.

الثاني: التفسير الصحيح للامتيازات الأجنبية:

والتفسير الصحيح للامتيازات الأجنبية-كما يقول بحق د/بهي الدين بركات- أنها لم تنشأ عن دين معين، ولا هي تسببت عن ذلك الدين، ولكنها نشأت عن طور خاص للمدنية، وبسبب حالة إجتماعية معينة ما، كانت موجودة في العصور الوسطي بين البلاد المسيحية نفسها في أوروبا وبين مدن إيطاليا وفرنسا، ففي سنة ١١٧٤م منح "ريمون الخامس" كونت "تولوز" فندقاً لقناصل "جنوا" من "سان جيل" وحدد لهم مكان السكن وأعفاهم من الضرائب والقضاء العادي فيما عدا الجرائم الكبرى. وفي القرن الثالث عشر والرابع عشر منحت "نابولي" امتيازات لأهالي "بيزا" و"مرسيليا" و"البندقية" و"فلورنسا"، وجعلت للقنصل حقوق الإشراف على الإدارة والفصل في القضايا التي تكون بين رعاياه.

فالقول إذن بأن الامتيازات الأجنبية نشأت من الدين الإسلامي قول مناف للحقائق التاريخية الثابتة، وكما أن الكتّاب الذين أشرنا إليهم – وغيرهم- أخطأوا في هذا التعليل، فإنهم لم يكونوا كذلك أصدق قولاً من تعليلهم الامتيازات الأجنبية بأنها ترجع إلي خشية على النفس والمال اضطر معهما الأجانب إلي التمسك بحه شريع بلادهم وطلب

ضمانات قضائية خاصة، فمن يراجع نصوص المعـاهدات الأولـي التي نظمت تلك الامتيـازات، يجدها لاتتعدي التعهُّد بمنـح رعايـا الدولـة الأجنبية حرية المجيء والتجارة، ومنحهم الحق فـي فندق يعيشون فيـه حسب دينهم وعاداتهم، وتحدد لهم الضرائب التي يدفعونها حتي لايكونوا عرضة لتعنُّت أواستغلال غير مشروع، وتجعل مقاضاتهم فيما بينهم من شـأن قنصلهـم، أمـا نزاعـاتهم المدنيـة التـي تكـون مـع المصرييـن أوالعثمـانيين فكـانت مـن اختصـاص القـاضي الشرعي وحده، أي أنهـا كانت دائماً من حق السلطة الوطنية. أي أن هذه السـلطة كـانت صاحبة الشأن في المسائل التي يخشي فيها التحيُّز مـن جانبهـا، فلـو كـان الدافـع إلي الإمتيازات هذا التحيز لمـا استثنيت هـذه الحـالات مـن اختصـاص القناصل.

لذلك نجد المعاهدات تقضي بأن الجرائم التي ترتكب ضد المصرييـن أو العثمانيين تكون من اختصاص المحاكم المصرية أوالعثمانية، فـالقول بأن الأجـانب لـم يكونـوا يـأمنون الغـدر بهم ولذلك اشترطوا ضمانـات قضائية خاصة، لا يبرره شيء من الحقيقة التاريخية.

فلا شك إذن أن النص على كون قضايا الأجانب تكون خارجـة عن اختصـاص السـلطة المحليـة، لـم يكـن يـري فيـه أي لامتيـازات فـي ذلـك العصر، ولكنه مجرد احترام لنظرية شخصية القوانين في هذا العصر، والتي جري عليها فقهاء المسلمين، فالقانون يرجع إلـي عقيدة الشخص أو جنسيته.

١- القوانين الحاكمة للأحوال الشخصية في مصر:

دوائر الأحوال الشخصية في مصر -بعد توحيد القضاء- عامة، ويراد بالأحوال الشخصية هنا كل ما يتعلق بشخص الإنسان كالأهلية والقصر والرشد، والولاية، والزواج والطلاق، والنسب والميراث والوصية، وغير ذلك مما لا يرجع إلي المال. لذلك عرف البعض الأحوال الشخصية بأنها كل ما له صلة بالإنسان منذ ولادته إلي حين وفاته مما لا علاقة له مباشرة بالمال، وفي ظل تعدد الجهات القضائية في مصر كان الخلاف حول الأحوال الشخصية وموادها، والمحاكم الشرعية واختصاصها محل جدل ضعفت آثاره بعد صدور القانون رقم ٤٦٢ سنة ١٩٥٥ بشأن إلغاء المحاكم الشرعية والمجالس المحلية، وتوحيد التقاضي أمام المحاكم الوطنية.

والقوانين الموضوعية الحاكمة للأحوال الشخصية في مصر ما يلي:

أ- القانون ٢٥ سنة ١٩٢٠ وهو مكوّن من ثلاث عشرة مادة، تتعلق بالتطليق لعدم الإنفاق أو للعيب وبالنفقة والعدة، وأغلب نصوص هذا القانون مستقاة من مذهب الإمام مالك.

ب- القانون رقم ٥٦ سنة ١٩٢٣ [١] وهو مكوّن من مادتين تعالجان تحديد سن الزواج وقد أثار هذا القانون في حينه عاصفة من الأخذ والرد، ولكن الأمر استقر بعد ذلك، وأصبح تحديد سن الزواج قاسماً مشتركاً في أغلب تشريعات الدول العربية، وأهمية هذا القانون في تاريخ تقنين الأحوال الشخصية أنه أول تشريع أعلن فيه المشرع

---

(١) د/ محمد كمال إمام. من منهجية التقنين والتطبيق القاهرة سنة ١٩٩٠ حيث خصصنا المبحث الأول من الفصل الرابع لدراسة تحليلية وانتقادية لهذا القانون راجع ص٢٢٧-٢٦٧.

صراحة عدم تقييده بالمذاهب الأربعة عند استنباط القوانين الشرعية من الفقه الإسلامي.

جـ- القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية، وهو مكوّن من خمس وعشرين مادة، تتعلّق بالطلاق والتطليق للضرر والغيبة، وحبس الزوج، ودعوي النسب وبعض أحكام النفقة وسن الحضانة والمفقود.

وقد كان مشروع القانون يتضمّن عدداً من المواد لحل مشكلة تعدد الزوجات إلاّ أن صراعاً حاداً ثار بين واضعي القانون من الفقهاء وعلى رأسهم الشيخ "محمد مصطفي المراغي"، وبين المعارضين وانتهي الأمر بحذف هذه المواد بعد أن تركت أدبيات الفقه في هذه المرحلة عدداً من المذكرات المتبادلة بين الطرفين حول منهجية تقنين الشريعة، وأصول الفقه الخاصة باختيار آراء الفقهاء.

وأحكام هذا القانون مأخوذة من المذاهب الأربعة عدا الطلاق المقترن بالعقد والطلاق المعلق، فإنه أخذ فيهما برأي "ابن تيمية" وتلميذه "ابن القيم".

د- القانون رقم ٧٧ سنة ١٩٤٣ بشأن المواريث.

هـ- القانون رقم ٤٨ سنة ١٩٤٦ بشأن تنظيم الأوقاف، وقد ألغاه القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٥٢ الوقف الأهلي وأعاد تنظيم إنشاء الوقف الخيري والولاية عليه، وجاء هذا القانون نهاية لجدل عنيف ثار منذ أوائل العشرينات بين مؤيدي إلغاء الوقف الأهلي وبين معارضيه. وللأسف حُسم النزاع من منظور سياسي لافقهي.

و- القانون رقم ٧١ سنة ١٩٤٦ بشأن أحكام الوصية وأهم ما جاء فيه ابتداع فكرة الوصية الواجبة والتي أخذت بها -مع بعض التعديلات- أغلب التشريعات العربية للأحوال الشخصية. وبهذه

القوانين الثلاثة لم يتقيد فيها القانون بمذهب معين، بل جاءت خليطاً من آراء المذاهب السنية والشيعية، وفي بعض الأحيان تلفيقاً من أقوال التابعين وفقهاء المذاهب الدارسة. وهذه القوانين الثلاثة عامة تسري على جميع المصريين مسلمين وغير مسلمين.

ز- القانون رقم ١٠٠ سنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية، والذي حلّ محل القانون رقم ٤٤ سنة ١٩٧٩ بعد إلغائه لعيب عدم الدستورية.

وقد أضاف هذا القانون أحكاماً جديدة فيما يتعلق بتعدد الزوجات، وتوثيق الطلاق، وأحكام الحضانة خاصة مسكن الحضانة، وكذلك نفقة المتعة إلي غير ذلك من المسائل التي أثارت نقاشاً حاداً في حينه خاصة عقب صدور المرسوم بقانون رقم ٤٤ سنة ١٩٧٩ .

ر- القانون رقم ٢٢ سنة ١٩٩٢ والخاص بالمفقود وقد عدل بعض أحكام القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ في شأن المفقود واستبدل مواد جديدة بالمادتين رقم ٢٢،٢١ . وسوف ننشر نصوص هذه القوانين مرتبة تاريخياً في ختام هذه الدراسة .

وهنا نشير إلي أمرين :

الأول : أنه رغم صدور كل هذه التشريعات فلا تزال الأحوال الشخصية في مصر-خاصة في الزواج والطلاق وما يتبعهما-لايحكمها قانون متكامل، والدعوة إلي إصدار هذا القانون أصبحت جزءاً مهماً من الإصلاح التشريعي في مصر . وقد شكلت الحومة المصرية لجنة قومية للاصلاح التشريعي تتكون من شعب تستوعب فروع القوانين، ولعلها تستطيع إصدار تشريع كامل للأحو" شخصية.

الثاني : أن مسائل الزواج والطلاق في مصر وما يتعلق بهما لا تزال محكومة بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة فيما لم يرد به نص في تلك التشريعات.

٢- القوانين الحاكمة للأحوال الشخصية للشيعة والسنة في لبنان :-

الأحوال الشخصية في الجمهورية اللبنانية يحكمها فقه كل مذهب وقواعده الخاصة، ولكن التنظيم القضائي للسنة والشيعة يعتبر جزءاً من السلطة القضائية الرسمية في لبنان ولم يضع المشرع اللبناني تعريفاً لاصطلاح الأحوال الشخصية، ولعل ذلك كان عن عمد منه لأن مدلول الأحوال الشخصية وفي – ظل التطبيق الطائفي– قد يختلف من طائفة إلي أخري فكانت مرونة مسائل الأحوال الشخصية في لبنان تفرض عدم تعريفها وحبسها في وعاء قانوني.

وبالنسبة للشيعة والسنة يوجد نوعان من المحاكم، المحاكم الشرعية السنية، والمحاكم الشرعية الجعفرية والتي جعل اختصاصاتها شاملاً لمنازعات الأحوال الشخصية بالنسبة لطائفتي الشيعة العلوية والشيعة الاسماعيلية بالإضافة إلي الشيعة الجعفرية، وقد حدد المشرع اللبناني في المواد ١٨،١٧ من قانون تنظيم القضاء الشرعي الصادر في ١٩٦٢/٧/١٦ اختصاص المحاكم الشرعية اللبنانية سنية وشيعية بالأمور التالية :

- خطبة الزواج وهديتها.
- الزواج .
- الطلاق والفرقة .
- المهر والجهاز .

- النفقة والحضانة وضم للفتيان والفتيات التي أوليائهم .
- الولاية والوصاية والقيمومة – القوامة.
- البلوغ وإثبات الرشد .
- الحجر .
- المفقود .
- الوصية .
- إثبات الوفاة وانحصار الإرث وتعيين الحصص الإرثية .
- تحرير التركة غير العقارية وبيعها وتوزيعها والإشراف على إدارة أموال الأيتام :
- الوقف، حكمه، لزومه، صحته، استحقاقه، قسمته قسمة حفظ وعمران.
- نصب متولي الوقف الذرى– والقيم عن الوصي الغائب ، فقط ، أما عن القيم المتولي الغائب أو المعزول أو المتوفي أو المستقيل فدائرة الوقفية هي القيم حسب المادة ٥٥ من قانون توجيه الجهات .
- عزل الوصي والقيم عن الوصي الغائب ومحاسبتهما، وعزل المتولي على الوقف ، ومحاسبة المتولي على الوقف الذري أوالوقف المستثني والحكم عليهم بما يلزمهم من المال.
- الإذن للولي والوصي ولمتولي الأوقاف الذرية المحضة.
- تنظيم وتسجيل صك الوصية والوقف على أصولهما.
- تنظيم الوكالة في الدعاوي والأمور الداخلة في اختصاص المحاكم الشرعية .
- فيما يتعلق بالأوقاف الجعفرية تختص محاكم هذا المذهب بالنظر في الأمور التي تعود بمقتضى القوانين الخاصة الى إدارة الأوقاف السنية.

ويمتنع على المحاكم الشرعية النظر في الدعاوي والمعاملات غير المذكورة في هذا القانون.

أ- القوانين الواجبة التطبيق في المحاكم الشرعية السنية:

تطبق هذه المحاكم الأحكام التالية :

- أحكام قانون العائلة الصادر في سنة ١٩١٧ ، والمذهب الحنفي فيما ليس فيه نص تشريعي خاص.
- أحكام مجلة الأحكام العدلية في الأمور التي تتعلق بالحجر على الصغار والمجانين والمعتوهين والسفهاء، ومرض الموت، وقد تعدلت بعض أحكام تصرفات الصغير المميز، حيث جاء في قانون الموجبات والعقود اللبناني ((لا يمكن إبطال هذه التصرفات إلا إذا وقعت تحت الغبن)).
- أحكام نظام اليتامي بخصوص إدارة أموال القاصرين ، وفي هذا النظام تعديل لبعض أحكام مجلة الأحكام العدلية .
- ما هو منصوص عليه في قانون تنظيم المحاكم الشرعية من أحكام شرعية مأخوذة عن المذاهب الإسلامية المختلفة خاصة في قواعد البينات .

ب- القوانين الواجبة التطبيق أمام المحاكم الجعفرية :

تطبق المحاكم الجعفرية قانون تنظيم المحاكم الشرعية ، وأحكام المذهب الجعفري ، وما يتلاءم مع هذا المذهب من قانون العائلة العثماني .

وقد حاول بعض فقهاء المذهب المعاصرين ، تدوين أحكام المذهب الجعفري في كتب على شكل مواد القانون في كافة أحكام الفقه وهذا يسهل عمل القاضي ، ولعله صدى لتأثير حركة تقنين الفقه الإسلامي ، ومحاولات ((قدري باشا)) في النصف الثاني من القرن التاسع عشر في مصر .

الباب الأول

إنشاء الـزواج

للزواج قيمة كبري في حياة الإنسان ، وفي وجود الأسـرة ، ومن وجهة النظر الشرعية ، فكلنا أبناء هذا العقد، والتناسل بغير ذلك الطريق معصية، والوجود بدونه وجود قلق ، يعوزه النسب الذي إليه ننتمي ، والأسرة التي بها نحتمي ، وبالإضافة إلي ما يترتب عليه من نتائج تشريعية واجتماعية تزيد صاحبه قلقاً وعزلة.

ولأن الزواج له هذه الأهمية ، فلم يترك الشارع الحكيم أسسه بغير تنظيم وإنما نصت الآيات القرآنية على أحكام إنشائه وانقضائه بصورة تكاد تكون تامة .

فالشريعة الإسلامية هي أصل أحكام الأسرة عند المسلمين منها تؤخذ القواعد وتستنبط الأحكام ، وفي مصر تنطبق أحكام الشريعة الإسلامية على المصريين على النحو التالي :

١- جميع المصريين المسلمين أياً كانت انتماءاتهم المذهبية فلايعـــرف النظام المصري تفرقه بين شيعة وسنة ، وتسري الأحكام التي صدرت بها قوانين على جميع المصريين المسلمين، ومـا لانـص فيـه تقضـي المحاكم فيه بأرجح الأقوال من المذهب الحنفي ، والمذاهب التي تنتسب إلي الإسلام وتخرج أحكامها عليه كالبهائية والقاديانية يحكم القضاء المصري عليها بما ورد في الشريعة الإسلامية باعتبارها مذاهب خارجة لا يعترف لها بوجود قانوني أوشرعي.

١ - وتنطبق الشريعة الإسلامية على المصريين غير المسلمين في الأحوال التالية :

أ- حالة اختلاف الدين : تحكم الشريعة الإسلامية علاقات الأسرة متي كان طرفي العقد لا يدينان بدين واحد كأن كان الزوج مسلماً والزوجة كتابية – مسيحية أو يهودية – أو كان أحد أطراف الزواج يهودياً، وكان الطرف الآخر مسيحياً.

ب- تحكم الشريعة الإسلامية علاقات الأسرة في حالة اختلاف الطائفة أو الملة حتي ولو كان الأطراف متحدي الدين ، فلو قام نزاع يتعلق بأحكام الأسرة بين يهوديين أحدهما من طائفة القرائين، والأخر من طائفة للربانيين. فالشريعة الإسلامية هي الحاكمة في هذا النزاع ، وكذلك الأمر إذا قام نزاع بين مسيحيين أحدهما أرثونكسي والآخر بروتستنتي أو كاثوليكي.

وفي كل الأحوال المماثلة تطبق الشريعة الإسلامية باعتبارها القانون العام لأحكام الأسرة في مصر . وأحكام الشريعة الأسلامية الحاكمة لهذه النزاعات هي القواعد الموضوعية أي ذات الأحكام التي تحكم الأسرة المسلمة ، وليست قواعد الاسناد التي تحيل إلي شرائع غير المسلمين ، الأمر الذي يجعلنا نرفض فكرة إصدار تشريع موحد للأسرة يضم عدداً من الطوائف غير المسلمة ، وذلك لسببين:

الأول: تغيير الأحكام التي درجت عليها الطوائف بما يجسد نوعاً من الإكراه غير الجائز شرعاً.

الثاني : محاولة توسيع نطاق التشريع الطائفي على حساب الشريعة الإسلامية وهي صاحبة الولاية العامة في مجال أحكام الأسرة .

جـ- وتحكم الشريعة الإسلامية علاقات الأسرة بالنسبة لغير المسلمين، طالما أن القواعد الواجبة التطبيق مخالفة للنظام العام.

وعلى الرغم من مرونة فكرة النظام العام ونسبيتها وصعوبة تحديدها، إلا أن استبعاد أي قانون واجب التطبيق بسبب معارضته للنظام العام أمر مسلم به في القانون الدولي الخاص، وهو ما نصت عليه المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، فلا تطبق الشرائع الخاصة إلا في نطاق النظام العام.

وتفسير هذا النص ، لا بد أن يتجاوز نطاق الأحوال الشخصية ليصبح المقصود بالنظام العام الأحكام الأساسية في الشريعة الإسلامية . ولا يدخل في مفهوم النظام العام تلك الاختلافات التي لا بد وأن توجد بين أحكام الأسرة في الإسلام ، وما نصت عليه الشرائع الخاصة في الموضوع ذاته بالنسبة لاتباعها . والقول بغير ذلك معناه مخالفة الشريعة الإسلامية ذاتها، والتي قضت بترك المواطن غير المسلم لأحكام دينه في أغلب مسائل الأسرة.

ومعناه أيضاً استبعاد تطبيق للشرائع الخاصة لأن تفاصيل الأحكام فيها تختلف كثيراً عن أحكام الأسرة في الإسلام.

وتعد من النظام العام الأحكام التي جاءت بها نصوص قطعية ثبوتاً ودلالة . ففي مسائل المواريث يوجد العديد من الأحكام التي تعتبر من النظام العام والتي يجب أن تسري على المسلمين وغير المسلمين على السواء ، ومثل ذلك للقاعدة التي تورث الذكر مثل حظ الأنثيين، وكل قاعدة تخالفها في أحكام الشرائع الخاصة يجب استبعادها لتعارضها مع النظام العام.

وقد ميزت المحكمة الشرعية العليا في حكم لها صادر في ١٣ سبتمبر ١٩٤٦ بين الأحكام التي مصدرها دليل قطعي كحكم زواج المسلمة بغير المسلم ، والأحكام التي تكون محل اجتهاد أو خلاف بين الفقهاء – كأكثر الفروع- وانتهت المحكمة الي أن الأولي وحدها هي التي تتصل بالنظام العام ، وتقتضي استبعاد تطبيق القواعد المخالفة لها. وهو اتجاه سديد نؤيده.

ومن الأمثلة التي يوردها الشراح لتعارض الشرائع الخاصة مع النظام العام ما يلي :

١-في شريعة اليهود الربانيين توجد قاعدة تقضي بأن المتوفي عنها زوجها إذا لم يكن له أولاد، وكان له أخ شقيق أو أخ لأبيه ، عدت له زوجة شرعاً ولا تحل لغيره ما دام حياً إلا إذا تبرأ منها بالطريقة الدينية المحددة لذلك. هذه صورة من الزواج بلا رضاء، بل هو توريث للزوجة لأخ الزوج ، بما يعد مخالفاً للنظام العام في الشريعة الإسلامية والقانون المصري على السواء، وقد رفض القضاء المصري تطبيق هذا الحكم الوارد في التوراة لمخالفته للنظام العام.

٢-في شريعة الأقباط الأرثوذكس نصوص تقضي بأنه يجوز أن يقضي في الحكم الصادر بالتطليق حرمان الزوج المطلق أو كلا الزوجين من الزواج. وهذا حكم مخالف للنظام العام فالقيد فيه لاتعرفه الشريعة الإسلامية ولا تقره.

٣-لا يعرف القانون الكنسي الكاثوليكي فكرة العدة وهي من القواعد الآمرة في الشريعة الإسلامية لذا تطبق المحاكم أحكام العدة في الشريعة الإسلامية علي الكاثوليك ، لتعلقها بالنظام العام.

ونحن نعتقد أن فكرة النظام العام المستمد من الشريعة الإسلامية يستمد من كل الشريعة دون ترجيح مذهب على مذهب فهو يتعلق بالأحكام المجمع عليها لثبوتها بالأدلة القطعية ، أما قواعد الشريعة الإسلامية التي تسري على النزاع بعد استبعاد قواعد التشريع الطائفي فهي ما نص عليه المشرع أو أرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة.

الفصل الأول

مقدمات الزواج

للزواج مفهوم ينبغي تحديده لغة واصطلاحاً ، وصفة شرعية تحتاج إلي إيضاح ، وتمهيد يجب عرض أحكامه وبيان آثاره ؛

وينقسم هذا الفصل إلي أربعة مباحث :

المبحث الأول : تعريف الزواج .

المبحث الثاني : الوصف الشرعي للزواج .

المبحث الثالث : في أقسام الزواج .

المبحث الرابع : الخطبة .

المبحث الأول
تعريف الزواج

للزواج تعريف لغوي جاءت به معاجم اللغة ، وتعريفات اصطلاحية وردت في كتب الفقهاء ، وتعريفات معاصرة نصت عليها بعض تشريعات الدول العربية.

التعريف في اللغة : في معاجم اللغة العربية يأتي لفظ الزواج بمعني الاقتران ، والازدواج ، والارتباط والاختلاط. يقول العرب : زوج الشيء بالشيء أي قرنه به ، وتزاوج القوم وازدوجوا أي تزوج بعضهم بعضاً، ويقال : تزوجه النوم أي خالطة.

وفي القرآن الكريم : يقول الله تعالى في سورة الصافات : ﴿احشروا الذين ظلموا وأزواجهم﴾ أي وقرناءهم الذين كانوا يزينون لهم الظلم ، ومنه قوله تعالى في سورة الدخان : ﴿وزوجناهم بحور عين﴾ أي وقرناهم بحور عين ، واشتهر معني الزواج في اللغة باقتران الرجل بالمرأة .

وتستخدم كلمة النكاح بمعني الزواج ، وقد استعملها القرآن الكريم في هذا المعنى كثيراً ، ومنه قوله تعالى في سورة البقرة : ﴿ ولا تعزموا عقدة النكاح حتي يبلغ الكتاب أجله ﴾ ، ولفظ النكاح لغة يطلق على العقد والوطء والضم وإن اختلفوا هل هو مجاز في العقد وحقيقة في الوطيء أو بالعكس ، أو في كليهما.

ومن استعماله في الوطء قوله ﷺ " ولدت من نكاح " أي من وطء حلال.

ومن استعماله في العقد قول الأعشي :

ولا تقربن جارة إن سرها عليك حرام فانكحن أو تأبدا

أي فتزوج لأن الزنا عليك حرام.

ومن استعماله في الضم قول الشاعر :

ضممت الي صدري معطر صدرها كما نكحت أم الغلام صبيها

التعريف عند الفقهاء :

رغم اختلاف التعريفات التي جاء بها الفقهاء لعقد الزواج إلا أن التباين في أغلبه لفظي مع تقارب في المعني ، فيعرفه صاحب الكنز بأنه : " عقد يرد على ملك المتعة قصداً " ، والتعريف على هذا النحو يشير الي حق الرجل لأنه هو الذي يملك الاستمتاع بزوجته دون غيره، أما المرأة فيحل لها الاستمتاع بزوجها، وقد تشاركها زوجة أخري في ذلك ، وعرفه البعض بأنه عقد يتضمن إباحة الوطء بلفظ إنكاح أوتزويج ، وهو تعريف فيه تزيد من جانب ونقص من جانب آخر.

وعرفه أحد المعاصرين بأنه عقد يفيد قصداً ملك استمتاع الرجل بالمرأة التي لم يمنع من نكاحها مانع شرعي ، وحل استمتاع المرأة بالرجل .

والتعريف دقيق، ملك الاستمتاع فيه للرجل لأنه لا يصح لأحد غيره الاستمتاع بالزوجة بعقد أو بغير عقد ما دام حكم العقد الأول باقياً. فلا يحل للمرأة المتزوجة أن تستمتع بزوج آخر بعقد أو بغير عقد.

أما بالنسبة لاستمتاع المرأة فإنه يثبت لها الحل،لا الاختصاص، فقد تشاركها في زوجها زوجة أخري أو أكثر.

وعيب هذا التعريف أنه يكاد يجعل من الاستمتاع أساس للزواج مع أن مقاصده كثيرة منها ما يكون في الحياة الدنيا، ومنها ما يمتد الي الآخرة.

سئل الإمام "النووى" هل الزواج من أعمال الأخرة أم من أعمال الدنيا وحظوظ النفوس ، فأفتي وقال : إن قصد به شيئاً من الطاعات بأن قصد الاقتداء برسول الله ﷺ أو تحصيل ولد صالح أو إعفاف نفسه وصيانة فرجه وعينه وقلبه ، ونحو ذلك فهو من أعمال الآخرة، ويثاب عليه ، وإن لم يقصد به شيئاً من ذلك فهو مباح من أعمال الدنيا ولاثواب فيه ولا إثم .

فالزواج له غايات دينية ووظائف دنيويه، وهو أمر لم يغب عن ذهن قدامي الفقهاء. يقول شارح المبسوط الإمام " السرخسي " ... وليس المقصود بهذا العقد قضاء الشهوة ، وإنما المقصود ما بيناه من أسباب المصلحة ، ولكن الله علق به قضاة الشهوة أيضاً ليرغب فيه المطيع والعاصى، المطيع للمعاني الدينية والعاصي لقضاء الشهوة " . فالمتعة وإن كانت من أغراض الزواج إلا أنها ليست أسمي أغراضه ، ولا أهم أهدافه ، وقد اتجه بعض المعاصرين إلي تعريف شامل للزواج فعرفه الشيخ " محمد أبو زهرة " بأنه : " عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة ، وتعاونهما، ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات.

التعريف التشريعي :

منذ بداية هذا القرن بدأت الدول الإسلامية تفكر في إصدار تشريع شامل للأحوال الشخصية يلم شتاتها ، ويحل مشكلاتها الفقهية والاجتماعية ، ويستمد من مصادر الإسلام ، وآراء المذاهب على

تنوعها ضماناً للتوفيق بين الفقه والواقع ، فقد أبرزت الممارسة مدي الحرج الذي يمكن أن تقع فيه الأمة نتيجة الالتزام التشريعي بمذهب فقهي معين لا يجوز لها أن تتعداه[1].

فإن مثل هذا في مجال الفقه نوعاً من التخصص المفيد ، فإنه في مجال التشريع لا يؤدي إلا إلي الحرج والجمود . وكانت الجمهورية السورية أسبق الدول العربية في إصدار تشريع كامل للأحوال الشخصية وجاء تعريف الزواج في مادته الأولي بقولها : " الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً، غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل "

وقد نقل التشريع العراقي للأحوال الشخصية المادة بألفاظها ، وإلي قريب من ذلك نص التشريع الكويتي في المادة الأولي بأن الزواج " عقد رجل وامرأة تحل له شرعاً ، غايته السكني، والإحصان ، وقوة الأمة " .

ونصت المادة الثالثة من التشريع الليبي : " بأن الزواج ميثاق شرعي ، يقوم على أسس من المودة والرحمة والسكينة تحل به العلاقة بين رجل وامرأة ليس أحدهما محرماً على الآخر " .

ونصت المادة الأولي من التشريع اليمني بأن الزواج " هو الارتباط بين الزوجين بميثاق شرعي ، تحل به المرأة للرجل شرعاً وينشئان معاً أسرة قوامها حسن العشرة " .

وتنص المادة الرابعة من التشريع الجزائري بأن " الزواج : عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة

---

[1] د. محمد كمال إمام : في منهجية التقنين، القاهرة ١٩٩٤ خاصة ٣٤٠ .

أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الإنسان.

أما مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية ، والذي أعدته لجنة خبراء مجلس وزراء العدل العرب، فقد نص في مادته الخامسة على أن : " الزواج ميثاق شرعي ، بين رجل وامرأة، غايته إنشاء أسرة مستقرة، برعاية الزوج، على أسس تكفل لهما تحمل أعبائها بمودة ورحمة " .

ميزة هذه التعريفات كما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ في شأن الأحوال الشخصية الكويتي أنها استبعدت ما شاع بين الفقهاء المتأخرين من أن الزوجة محل للاستمتاع ، والخوض في الحديث عن هذه المتعة .

وأظهر التعريف ما للزواج من مقاصد سامية في بناء المجتمع الصالح ولكنه يعيب هذه التعريفات أنها غفلت عن عنصر جوهري هو موضوع العقد، ولم تعرض لآثاره الشرعية ، وذلك قصور واضح ، ولعل المشرع أراد أن يبرز أهمية الغاية من عقد الزواج، ولكن التعريف بالغايات تعوزه الدقة العلمية .

وقد آثر مشروع القانون المصري للأحوال الشخصية للمسلمين الذي أقره مجمع البحوث الإسلامية عدم تعريف عقد الزواج ، وحسناً فعل. لأن التعريفات عمل فقهي وليس من حسن الصياغة التشريعية أن تكون في داخل متن التشريع إلا عند الضرورة، وفي أضيق الحدود.

المبحث الثاني

صفة الزواج الشرعية

كل فعل إنساني لابد له من حكم شرعي، وكذلك الزواج له حكمه الشرعي للزواج من جهة كونه مطلوباً فعله أو مطلوباً تركه، فالناس ليسوا سواء أمام الحكم الشرعي للزواج، لاختلاف أحوالهم المادية، وطبائعهم الخلقية، لهذا اتصف الزواج بالأحكام التكليفية الخمسة، وهي: الوجوب والندب، والحرمة والكراهة، ثم الإباحة على خلاف بين المذاهب فيما يثبت لبعض الحالات من أحكام.

أولاً : الأحكام المتفق عليها:

الحالة الأولى: ويكون فيها الزواج واجباً -والفريضة والوجوب عند غير الأحناف درجة واحدة- وينبغي أن يتوافر لها شرطان:

١-أن يتيقن الشخص من الوقوع في المعصية لو لم يتزوج، ولايستطيع أن يمنع استبداد الغريزة وجموح الهوى الجنسي بصيام ونحوه، وغلبة الظن تتساوى مع اليقين في الحكم بوجوب الزواج عند جمهور الفقهاء عدا الأحناف.

٢-أن يكون الشخص قادراً على أعباء الزوجية سواء كانت أعباء مالية مثل المهر والنفقة، أو كانت أعباء تتعلق بحقوق الزوجة في الإعفاف، وعدم الإضرار، والوجوب هنا هو الحل الوحيد لهذه الحالة بشروطها، لأن البعد عن الحرام واجب، والزواج هو الطريق الشرعي إليه، والقاعدة الشرعية تقول: " ما لا يتم الواجب إلاَّ به فهو واجب".

فمن كانت هذه حالته وتوفرت فيه شروطها، وامتنع عن الزواج يكون آثماً بتركه، مرتكباً للمعصية بامتناعه.

الحالة الثانية: ويكون فيها الزواج حراماً، وينبغي أن يتوافر لها أيضاً شرطان:

١-أن يتيقن الشخص أنه غير قادر على أعباء الزواج المالية وتكاليفه الإقتصادية.

٢-أن يتيقن الشخص من عدم قدرته على أداء حقوق الزوجة وإعفافها، أو عدم قدرته على العدل بين الزوجات إذا ما تزوج بأخرى.

والتحريم هنا يقوم على مبدأ أساسي في الإسلام، هو مبدأ لاضرر ولا ضرار، فالضرر ينبغي أن يزال، والإضرار بالزوجة أو الزوج حرام، وكل ما يكون وسيلة للحرام فهو حرام.

وإذا تعارض ما يجعل الزواج واجباً وما يجعله حراماً بأن تيقن من الوقوع في الزنا متي أحجم عن الزواج، وتيقن من ظلم زوجته والإضرار بها إذا أقدم عليه، فالزواج حرام في هذه الحالة، فمن تعذر عليه الزواج ينبغي أن يلتزم بتوجيهات الإسلام في العمل على إعفاف نفسه، وقمع شهواته، لا الإسراف في الشهوة والإضرار بالآخرين. يقول تعالى : **﴿وليستعفف الذين لا يجدون نكاحاً حتي يغنيهم الله من فضله﴾** .

وقول الرسول ﷺ : **﴿يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء﴾** أي وقاية لمن تيقن من عدم قدرته على القيام بأعباء الزواج مادية ومعنوية، فمن تيقن من ظلم الطرف الآخر متي

أقدم على الزواج فهو محرم عليه، حتي ولو كان وقوعه في المعصية متيقناً.

<u>الحالة الثالثة:</u> ويكون حكم الزواج فيها الكراهة، فمتي خاف الشخص الوقوع في الجور والإضرار بالطرف الآخر، إما لنقص في الإنفاق أو لضعف عن الإتصال بالزوجة، إذا خشي الوقوع في ذلك أوفي صور أخري منه فزواجه مكروه، وتكون الكراهية عند الأحناف تحريمية أو تنزيهية، وضابطها قوة الخشية وضعفها، ويكره الزواج عند الشافعية لمن به علة مثل الشيخوخة والمرض المزمن، وما يماثل ذلك، كما يكره عندهم زواج من يخطب على خطبة غيره إذا أجيب الأول إلي طلبه.

<u>ثانياً: الأحكام المختلف عليها:</u>

واختلاف الفقهاء عرض في حالة واحدة، الزواج عند الاعتدال، حيث لا توجبه خشية من معصية، ولا تحرمه خشية ظلم وإضرار، وهي الحالة المعتادة، وللفقهاء فيها آراء ثلاثة:

<u>الرأي الأول:</u> الزواج في هذه الحالة سنة مؤكدة: وهو ما يراه الحنفية والمالكية والحنابلة، اعتماداً على أن النبي ﷺ تزوج وحث المسلمين على الزواج، ولكن لم يحتم فعله على كل واحد من الناس. وقد روي عن أنس بن مالك ﵁ أن نفراً من أصحاب رسول الله ﷺ جاءوا إلي بيوت أزواج النبي ﷺ يسألون عن عبادته عليه السلام فلما أخبروا عنها كأنهم تقالوها –أي اعتبروها قليلة– فقالوا: وأين نحن من رسول الله ﷺ ، قد غفر الله ما تقدم من ذنبه وما تأخر. قال أحدهم: أما أنا فإني أصلي الليل أبداً، وقال آخر : أنا أصوم الدهر ولا أفطر. وقال ثالث: أنا

أعتزل النساء فلا أتزوج أبداً. فلما جاء رسول الله ﷺ وأُخبر بما قالوا قال لهم: أنتم الذين قلتم كذا وكذا، أما والله إني لأخشاكم لله وأتقاكم له لكني أصوم وأفطر وأصلي وأرقد وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني.

. فالرسول ﷺ دعا إلي الزواج، وحث عليه، وفضله على العبادة، مما يدل على أن الحكم في حالة الاعتدال الندب.

<u>الرأي الثاني :</u> وينسب إلي الشافعية: ورأيهم أن الزواج في هذه الحالة مباح أي يستوي فيه الفعل والترك، متي كان الشخص غير متفرغ للعبادة، والأفضلية عندهم للعبادة لا للزواج.

واستدل الشافعية على مذهبهم بما يلي:

١-أن الله تعالى مدح يحي عليه السلام بقوله : " وسيداً وحصوراً ونبياً من الصالحين"، فقد مدحه بأنه لا يأتي النساء مع القدرة، وهو معني كلمة حصور، فلو كان الزواج أفضل لما مدح يحيي عليه السلام بتركه وتفرغه للعبادة. وقد رد الجمهور دليل الشافعية بقولهم: إن التفرغ للعبادة كان أفضل من الزواج في شريعة يحيي عليه السلام ، وشرع من قبلنا لا يعد دليلاً طالما نصت الشريعة الإسلامية على خلافه.

٢- أن الزواج عمل دنيوي كالبيع والشراء، فهو عمل للنفس، والعبادة عمل لله، والعمل لله تعالى أفضل من العمل للنفس. وقد رد الجمهور أيضاً دليل الشافعية بقولهم: إن إلحاق الزواج بالعمل الدنيوي غير مسلم، فالزواج عبادة، وقد قال الرسول ﷺ: "وفي بضع أحدكم صدقة". وينسب البعض للشافعية أن الزواج عندهم يسن إن وجد الأهبة، ولمن لم تكن به علة، ولم يكن متعبداً.

وهذا الرأي يقترب بهم إلى ما عليه الجمهور.

الرأي الثالث: وقد قال به الظاهرية: ورأيهم أن الزواج في حال الاعتدال واجب، وقد دافع أهل الظاهر من "داود" إلي "ابن حزم" عن مذهبهم بما يلي:

١- أن ظواهر النصوص قرآناً وسنة تدل على وجوب الزواج مثل قوله تعالى : ﴿ فانكحوا ما طاب لكم من النساء ﴾ [آية ٣ من سورة النساء]، وقوله تعالى : ﴿وانكحوا الأيامي منكم﴾ [آية ٣٢ من سورة النور]، وقول الرسول ﷺ: ﴿ من استطاع منكم الباءة فليتزوج﴾ وصيغة الأمر عن الأصوليين تفيد الوجوب، فيكون الزواج واجباً.

وقد رد الجمهور على هذا الدليل، يقول "ابن رشد" الجد في "المقدمات والممهدات" والدليل على صرف الوجوب في كتاب الله عزّ وجلّ أنه قد خير فيه بين النكاح وملك اليمين، فقال: ﴿فإن خفتم أن لا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم﴾ ، وملك اليمين ليس بواجب بإجماع، ولا يصح التخيير بين واجب وما ليس بواجب، لأن ذلك مخرج للواجب عن الوجوب، وقال تعالى: ﴿ والذين هم لفروجهن حافظون إلي على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين﴾. فدل ذلك على أن النكاح غير واجب لأن من حفظ فرجه عن الزنا بملك يمينه أو باستغنائه عن الزواج توجهت له المدحة من الله عزّ وجلّ.

يضاف إلي ما قاله "ابن رشد" أن الرسول ﷺ لم يحتم الزواج على كل واحد من الناس فهو واجب على الكفاية بالنسبة للأمة، وهذه كلها أدلة تصرف الأمر عن الوجوب، فلا ينهض دليل الظاهرية.

٢- ولستدل الظاهرية أيضا على وجوب الزواج في حال الاعتدال بما روي رسول الله ﷺ قال لعكاف بن وداعة الهلالي: ألك زوجة يا عكاف؟ قال : لا. ولا جارية. قال لا، قال : وأنت صحيح موسر؟ قال : نعم والحمد لله. قال: فأنت إذن من إخوان الشياطين. إلي أن قال رسول الله ﷺ: ويحك يا عكاف تزوج.

ويري جمهور الفقهاء أن إيجاب الزواج على "عكاف" لا يستلزم إيجابه على الناس جميعاً، فيحتمل أن يكون سبب الوجوب قد وجد في حق "عكاف" وحده دون غيره. والدليل إذا دخل إليه الاحتمال بطل به الاستدلال.

وقد أيد الأستاذ الدكتور إبراهيم عبد الحميد -وهو من كبار الفقهاء المعاصرين- رأي الظاهرية، وانتقد الفقه الإسلامي كله في تجاهل رأي الظاهرية الذي يراه أقوي دليلاً بل هو رأي الإسلام في الزواج. ويدعم رأي الظاهرية بقوله: "الفرض أنه لا يمكن تفادي جريمة الزني إلاّ به، وهذا التفادي واجب بنصوص كثيرة يكفينا منها قوله تعالى : ﴿ **ولا تقربوا الزني إنه كان فاحشة ومقتاً وساء سبيلاً**﴾, ومن الأصول المقررة أن ما لا يتم الواجب به فهو واجب خاصة وأن الإسلام قد حل مشكلة العزوبة حلاً سديداً بأمرين هما:

١-تحريم الزنا تحريماً باتاً.

٢-الأمر بوجوب الزواج وجوباً باتاً صريحاً بعدد من التعاليم القرآنية، والتوجيهات النبوية، فهذه التعاليم المتوحدة في معناها، المتنوعة في أسلوبها، والموجهة إلي كل قادر بلا استثناء، من أمر بالتزوج أو التزويج، وبراءة ممن لا يتزوج، ونهي عن العزوبة حتي ولو من ترهب، وتشديد النكير على العزاب جميعاً واعتبارهم شرار الخلق أحياء وأمواتاً، وهكذا على التعميم، حتي لا يظن ظان أنه إنما أنكر

على شخص بعينه، هذه التعاليم فوق الكفاية لكي لا يتردد متردد في أن الإسلام يوجب الزواج على كل قادر إيجاباً لا مناص منه، ويوجب التزويج على كل من بأيديهم النكاح إيجاباً مبالغاً في تأكيده حتى لينهاهم أن يتخذوا من فقر الرجل ذريعة إلي نفي تزويجه: ﴿إن يكونوا فقراء يغنيهم الله من فضله والله واسع عليم﴾ وصحح الدارقطني في قوله ﷺ : " ثلاثة حق على الله عونهم: المجاهد في سبيل الله، والناكح يريد العفاف، والمكاتب يريد الأداء".

ولو لم يكن هناك إلاّ الأمر بصيغة الأمر المجرد لكفي ولكان الزواج متحتماً على كل قادر تحتماً عينياً لا ينوب فيه أحد عن أحد، كما كانت الصلاة بصيغة الأمر واجبة على كل قادر. إذ الأمر في أصل وضعه للوجوب لا ينصرف عنه إلاّ بصارف ولا صارف هنا. فوجوب النكاح إذن في حال الاعتدال، هو مذهب الإسلام، لامعدل عنه، وهكذا يستقيم لنا ما قلناه من أن الإسلام قد عالج هذه الأزمة المستعصية "أزمة الزواج" وقطع داء المشكلة بسلاح مرهف الحدين "تحريم الزنى، وإيجاب النكاح"، وأسدي بذلك يداً لا تحد إلي المرأة في المكان الأول، وإلي الرجل أيضاً وإلي المجتمع بأسره.

وهذا الدعم الجديد لمذهب الظاهرية كما عرضه عالم معاصر له مكانته واجتهاداته، يحتاج إلي التفكير فيه بوعي وتدبر وقراءة النصوص متناً وسنداً، وإنزال الأحكام على الوقائع في ضوء فساد الزمان وتغير الأحوال والبحث عن حلول إسلامية لمشكلات معاصرة.

وهذه الأحكام الخاصة بالوصف الشرعي للزواج تسري في حق الرجل والمرأة على السواء. يقول ابن رشد الجد "وكذلك المرأة قد يكون عليها النكاح واجباً، وقد يكون لها مستحباً، وقد [illegible] لها مباحاً جائزاً، وقد يكون لها مكروهاً".

المبحث الثالث

في أقسام الزواج

الزواج عقد رضائى، له أركان وشروط، متي توافرت كان العقد صحيحاً وترتبت عليه آثاره الشرعية، فإذا تخلفت كلها أو بعضها اعتبر العقد باطلاً أو فاسداً، وقد لا تترتب عليه آثاره الشرعية، لخلل فيه، أونقص في استيفاء شرائطه.

أولاً : الزواج الصحيح :

١- تعريفه: عقد الزواج الصحيح هو الذي ولد مستوفياً لشرائطه وأركانه سواء تلك التي نص عليها الشارع أو التي جاء به ولي الأمر بما له من سلطة السياسة الشرعية، فمتي توافرت الأركان واستوفيت الشروط كان العقد صحيحاً.

٢- حكمه: إذا جاء العقد على النحو السابق من استيفاء الأركان والشروط، فهو عقد صحيح تترتب عليه آثاره الشرعية.

وقد نصت المادة ٤٧ من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه " إذا توافرت في عقد الزواج أركانه وسائر شرائط انعقاده كان صحيحاً".

٣- آثار الزواج الصحيح:

إذا صح عقد الزواج ترتبت عليه آثاره الشرعية بمجرد العقد ومن هذه الآثار:

أ- وجوب للمهر المسمي .

ب- النفقة الزوجية الواجبة.

جـ- التوارث بين الزوجين.

د- ثبوت حرمة المصاهرة.

هـ- ثبوت نسب الأولاد من الزوج.

ثانياً : الزواج الباطل:

١- تعريفه: إذا فقد عقد الزواج أحد أركانه أو كلها، وشروط انعقاده أو بعضها، كأن يتزوج المسلم من امرأة ليس لها دين سماوى، أو لا دين لها على الإطلاق، أو يباشر المسلم عديم الأهلية عقد زواجه بنفسه، أو يتزوج منْ محارمه، فكل هذه الأمور يترتب عليها خلل في الأركان تستوجب بطلان عقد الزواج.

٢- حكمه: الزواج الباطل معدوم، لا يوجد به عقد، ولا تترتب عليه آثاره، ولا تحل به زوجة ولا يثبت به مهر أو نسب.

٣- آثار الزواج الباطل:

إذا أصبح الزواج الباطل واقعة اجتماعية، أي حدث بالفعل بين رجل وامرأة. فيجب ما يلي:

أ- الزواج الباطل وجوده كعدمه، فلا قيمة له في نظر الشرع، ولاتترتب عليه أية آثار.

ب- إذا دخل الرجل بالمرأة في الزواج الباطل وجبت عليهما الفرقة في الحال، فإذا لم يتفرقا، وجب على كل مسلم يعلم بالدخول أن يرفع أمرهما إلي القاضي ليفرق بينهما في الحال إجباراً متي تعذر التفريق اختياراً. والزواج الباطل لا يترتب عليه شئ من آثار العقد الصحيح ولو حدث فيه دخول.

ثالثاً الزواج الفاسد:

١- **تعريفه:** التفريق بين الفساد والبطلان تمايز لا يعرفه إلا المذهب الحنفي فجمهور الفقهاء يترادف عندهم الفساد والبطلان، ويقصد بالزواج الفاسد عند الأحناف العقد الذي تمت أركانه من إيجاب وقبول، ولكنه فقد شرطاً من شرائط الصحة، كأن يكون العقد بغير شهود.

٢- **حكمه:** الزواج الفاسد كالباطل لا يحل به الدخول، وتجب الفرقة بين أطرافه رضاء أو قضاء، لأن الشريعة لا تعترف به ولاتترتب عليه آثار عقد الزواج الشرعية.

٣- **آثار الزواج الفاسد:**

ترتبط آثار الزواج الفاسد بالدخول الحقيقي باعتباره واقعة من الصعب تجاهلها، فإذا وجد الدخول ترتبت على الزواج الفاسد عند الأحناف النتائج التالية:

أ-سقوط الحد لوجود الشبهة لأن الحدود ومن بينها حد الزني تدرأ بالشبهات.

ب-وجوب مهر المثل عند عدم التسمية أو الأقل من المسمي ومن مهر المثل عند التسمية وتثبت للزوجة النفقة في العدة متي كانت جاهلة بفساد النكاح.

ت- ثبوت حرمة المصاهرة.

ث-وجوب العدة من تاريخ الفرقة وهي في كل الأحوال عدة طلاق حتي إذا توفي الرجل لأن عدة الوفاة أثر من آثار عقد الزواج الصحيح.

ج-ثبوت النسب مراعاة لحق الأولاد، وعدم ثبوت التوارث بين الزوجين لانتفاء العقد.

رابعاً الزواج الموقوف:

١- **تعريفه:** عقد الزواج الموقوف عقد صحيح، استوفي أركانه وشروط انعقاده وصحته، ولكنه توقف لتخلف شرط أو أكثر من شروط النفاذ، كأن يتولاه الصغير دون إذن وليه، أو الكبير الفضولي الذي ليس له صلة بأطراف العقد يعتد بها الشارع.

٢- **حكمه:** إذا كان العقد موقوفاً، لا تترتب عليه آثاره إلا من تاريخ إجازة من له حق الإجازة.

٣- **آثار الزواج الموقوف:**

الزواج الموقوف ليس أمام أطرافه إلا أحد أمرين:

الأول: أن تتم إجازته من صاحب الشأن فترتب عليه كل آثار العقد الصحيح لأنه عقد صحيح موقوف ويزول الايقاف بالإجازة، لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة.

الثاني: أن يرفضه من له حق الإجازة، فلا يترتب عليه أثر لأن الرفض ينقضه من أساسه، ، فإذا تم الدخول بين أطرافه قبل الرفض ترتبت على الدخول آثار العقد الفاسد عند الأحناف. وإذا تم الدخول بعد إعلان رفضه ممن له حق الإجازة فلا يترتب عليه أثر ما، فلا مهر ولا عدة ولا نسب فهو علاقة محرمة، كما لا تثبت بعد الرفض حرمة المصاهرة لأنه اعتبر كأن لم يكن.

خامساً: الزواج النافذ غير اللازم:

١- **تعريفه:** هو عقد الزواج الذي استوفي شروط الانعقاد، وشروط الصحة، وشروط النفاذ، وبقي لغير أطرافه حق الإعتراض، كالمرأة البالغة التي تتزوج بأقل من مهر المثل، أو دون إذن وليها.

٢- **حكمه:** العقد النافذ غير اللازم يعطي لصاحب حق الإعتراض سلطة فسخ عقد الزواج.

٣- آثار عقد الزواج النافذ غير اللازم :

هذا عقد صحيح تترتب عليه كل آثار الزوجية، من إباحة الدخول، ووجوب المهر، وثبوت النسب وحرمة المصاهرة والتوارث، بل تثبت به كل الحقوق التي أوجبها الشارع أو ولي الأمر بين الزوجين. وآثاره كعقد نافذ غير لازم لا تظهر إلا عند اعتراض من له الحق فيه، حيث يمكنه فسخ عقد الزواج، فلو كان المهر الذي رضيته الزوجة البالغة أقل من مهر المثل فإما أن يزيدها الزوج إلي مهر المثل أو يفسخ العقد، وإذا وقع الفسخ قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة لا يجب شئ من المهر سواء أكان الفسخ من قبل الزوج أم من قبل الزوجة.

سادساً: الزواج اللازم:

١- **تعريفه:** الزواج اللازم ينطوي على عقد صحيح نافذ تمت له أركانه واستوفي جميع شرائطه.

٢- **حكمه:** تترتب على الزواج اللازم كل آثار عقد الزواج فهو تام في كيانه تام في آثاره. ويفترق عن الزواج الغير لازم، بأنه ليس لأحد أن يعترض عليه، أو يطالب بفسخه.

٣- آثار عقد الزواج اللازم:

وعقد الزواج اللازم تترتب عليه الآثار التالية:

أ-حل الاستمتاع بين الزوجين ووجوب المهر والنفقة .

ب-ثبوت النسب، والتوارث، وحرمة المصاهرة.

ت-وجوب طاعة الزوجة لزوجها وما يترتب عليها من ولاية التأديب مع المعاشرة بالمعروف.

ث-وجوب العدل بين الزوجات عند التعدد في كل علاقة ظاهرية تخضع لإرادة الإنسان واختياره.

المبحث الرابع

الخطـــبة

لم يرض الإسلام عما كان فاشياً فـي معظـم الأمـم والديانـات من أن يختار الأب لبنته أو ابنه شريك الحياة دون رضاهمـا، بل جعل مطلق الحرية للفتي والفتاة، لأن يبحث كل منهما عن زوج أو زوجة في مرحلة تسبق الزواج وهي الخطبة.

والخِطبة -بكسر الخاء- مصدر خطب، يقـال: خطـب المرأة خطبـة وخِطباً، واختطبها، إذا طلب أن يتزوجها، واختطب القوم فلاناً إذا دعوه إلي تزوج صاحبتهم.

وهذا المعني للخطبة ليس بعيداً عن معناها الإصطلاحي الذي أخذ به الفقهاء.

وتختص الخِطبة بطلب المرأة، أما الخُطبة بضم الخاء فهي الموعظـة الدينية في الجمع والأعياد والمناسبات.

ويميل المعاصرون إلي تعريـف الخِطبـة بأنهـا طلـب المـرأة للـزواج بها، وهو تعريف له ما يقاربه في كتب الفقه الإسلامي، فقد عرفها الفقه الجعفري بأنها: طلب الزوجة من نفسها أو وليها وقـد تكون بـالتعريض أو التصريح.

وعيب هذه التعريفات أنها تجعل الخطبة من جانب الرجل، ولعل هذا هو الشائع المعتاد لمـا درجـت عليـه المـرأة مـن الحيـاء والتمنـع، ولكـن الشرع منح حـق الخِطبـة لكل مـن الرجـل والمرأة، فكلاهمـا يمكـن أن يكون خاطباً بنفسه أو بوليه أو وكيله.

وقـد عرضـت امـرأة نفسـها علـى رسـول اللـه ﷺ تلتمـس منـه أن يتزوجها كما جاءت قصتها في صحيح مسلم.

وقد توجه المرأة من يخطب لها كما فعلت السيدة خديجة رضي الله عنها فأرسلت نفيسة إلي الرسول ﷺ تخطبه كما روي ابن سعد في طبقاته.

التعريف المختار:

فالخطبة هي إلتماس الزواج من امرأة معينة أو رجل معين، وقريب من ذلك المعني ما يراه "الحطاب" الفقيه المالكي في كتابه "مواهب الجليل" حيث عرف الخِطبة بأنها استدعاء النكاح وما يجري من المشاورة.

والتماس الزواج من طرف واحد خطبة ناقصة، فلا تتم إلاّ باتفاق الطرفين، فإذا وجد الإيجاب قبولاً فهي خطبة تامة تنتج أثرها، وتترتب عليها أحكامها، والخِطبة ليست زواجاً بل هي من مقدماته، وقد نصت الفقرة [أ] من المادة الأولي من مشروع الأحوال الشخصية للمسلمين الذي أعده مجمع البحوث الإسلامية: "أن الخطبة ليست زواجا، ومثلها الوعد بالزواج، وقراءة الفاتحة، وقبض المهر، وقبول الهدايا" وهو نفس نص المادة الأولي من القانون السوري، وعندنا أن قراءة الفاتحة ليست إلاّ خِطبة، أو صورة من صورها.

وقد أشارت محكمة النقض المصرية في أكثر من حكم إلي أن الخطبة ليست إلاّ تمهيداً لعقد الزواج، وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحداً من المتواعدين.

وتتميز الخِطبة بأمرين هما:

١- الخطبة اتفاق رضائي: فقد انتهي ؛`` للام ذلك العصر الذي يرغم الرجل على الزواج، أو يجعل المرأة تباع وتشتري دون رأي

منها أو قبول، فالخِطبة وعد بالزواج لا يتم إلاّ بإيجاب وقبول يعبر عن الرضاء الكامل باتجاه طرفي الخِطبة لعقد الزواج في المستقبل، وكل عيب في الرضا يترك أثره على سلامة الخِطبة.

والخِطبة في الإسلام أساسها الرضا ولا يتطلب التشريع لقيامها شكلاً معيناً كما هو الشأن عند المسيحيين واليهود.

٢- **الخِطبة وعد غير ملزم**: يكاد يتفق الفقه الإسلامي على أن الخطبة تعد وعداً غير ملزم اللهم إلاّ ما روي عن الإمام مالك، والقول بغير ذلك يلغي رضائية عقد الزواج، ولا يتفق مع مقاصد الخِطبة باعتبارها فترة اختبار، والخطبة وعد غير ملزم في كافة التشريعات العربية، أما في فرنسا فهناك مبدأ انعقد عليه الفقه والقضاء، وهو أنه لايترتب على الخطبة التزام بإبرام الزواج، بل يبقي لكل من الخطيبين كامل الحرية في إتمام الزواج أو إنهاء الخطبة حسبما يراه في مصلحته.

فالخطبة وعد غير ملزم قضاء باتفاق فقهاء الشريعة والقانون. ويبقي الالتزام الأخلاقيوالديني يطالب كلا طرفي الخطبة الوفاء بوعده وإتمام عقده، لأن إخلاف الوعد منهي عنه، ولذلك قال بعض الفقهاء إن الرجوع إذا لم يكن لغرض صحيح كره منه ومنها، لما فيه من إخلاف للوعد، والرجوع عن القول، ولا يحرم لأن الحق بعد لم يلزم.

حُكم الخِطبة:

الخِطبة ليست شرطاً لصحة الزواج، فلو تم بدونها كان صحيحاً، أما حكمها فهو الإباحة عند جمهور الفقهاء، والرأي المعتمد عند الشافعية

أن الخِطبة حكمها الندب لا الإباحة لفعله ﷺ حيث خطب عائشة بنت أبي بكر، وخطب حفصة بنت عمر ﷺ.

متى تجوز الخِطبة؟

لا تجوز الخِطبة بأي أحد ولا بكل امرأة، كما أنها لا تجوز في كل وقت، والقاعدة العامة أن من يصح منه الزواج في الحال تصح الخِطبة منه لإتمام الزواج في الاستقبال.

فكل موانع الزواج سواء كانت إلي الأبد أو إلي أمد تعد موانع للخِطبة، فالمحرمات على التأبيد مثل زوجة الابن والأم والأخت وزوجة الأب لا يجوز خطبتهن وهو مانع لا يزول أبداً، أما المحرمات على التأقيت مثل زوجة الغير، والمشركة، والمُطلّقة ثلاثاً بالنسبة لمطلقها، لايجوز خطبتهن حتي يزول المانع، وهو مانع يرجي زواله.

أنواع الخِطبة:

الخِطبة نوعان:

١-خِطبة بالتصريح: وهو ما يقطع بالرغبة في النكاح، ولا يتحمل غيره - كقول الخاطب أريد أن أتزوجك.

٢-الخِطبة بالتعريض: أن يفهم من كلامه أنه يريد الزواج مع أن الدلالة تحتمل الزواج وغيره. وقد عرف الشافعية الخِطبة بالتعريض، بأنها ما يحتمل الرغبة في النكاح وغيره.

وقد اتفق الفقهاء على أنه عند الخلو من الموانع فالخِطبة جائزة تعريضاً وتصريحاً، وقد عرض الفقهاء بالتفصيل لخِطبة المعتدة نوجزه فيما يلي:

الطلاق الرجعي يجيز للزوج إعادة الزوجة إلي عصمته –في العدة– بغير عقد أو مهر جديدين ودون رضاها، وقد أجمع العلماء على أن المعتدة من طلاق رجعي لا يجوز خطبتها لا تصريحاً ولا تعريضاً، فهي كالزوجة، أو هي زوجة حكماً، وحرمة خطبة الرجعة تظل ثابتة ولو أذن الزوج، فليس التحريم حقاً خالصاً للزوج، بل فيه حق لله تعالى.

٢- المعتدة من طلاق بائن:

والطلاق البائن نوعان: بائن بينونة صغرى، حيث يستطيع الزوج أن يعيد المرأة إلي عصمته مرة أخري بعقد ومهر جديدين وبرضاها، وبائن بينونة كبرى، وهي المطلقة ثلاثاً، فلا يجوز الزواج بها لزوجها الأول إلاّ بعد أن تتزوج من غيره زواجاً كاملاً بدخول حقيقي ثم يفارقها الزوج الثاني بوفاة أو طلاق.

وقد أجمع العلماء على تحريم التصريح بخطبة المعتدة البائن، واختلفوا في خطبتها بالتعريض.

فقد ذهب المالكية –والشافعية في الأظهر عندهم– والحنابلة، إلي أنه يجوز التعريض بخطبة المعتدة البائن سواء كان بائناً بينونة صغري أوكبرى، ودليلهم على ذلك من القرآن عموم قوله تعالى: ﴿ **ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء**﴾، ومن السنة ما روي عن فاطمة بنت قيس رضي الله عنها: أن النبي ﷺ قال لها لما طلقها زوجها ثلاثاً: "إذا حللت فآذنيني"، وهذا تعريض بخطبتها في عدتها، حيث انقطعت سلطة الزوج عليها.

وذهب الحنفية إلي أنه لا يجوز التعريض بخِطبة المعتدة البائن حتي لا تثور الأحقاد، ويكتسب الخطيب الجديد عداوة المطلق، وفي كل الأحوال فإن المرأة المعتدة البائن يجوز خطبتها لزوجها متي كانت تحل له، وقد أشار الفقهاء إلي ذلك بقولهم: إن الزوج صاحب العدة الذي يحل له أن يتزوجها يحل له الخِطبة بالتعريض والتصريح.

٣- المعتدة من وفاة:

اتفق الفقهاء على جواز التعريض بخِطبة المعتدة المتوفي عنها زوجها سواء جاء التعريض منها أو من راغب في زواجها وذلك لقوله تعالى : ﴿ **ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء**﴾ فهي واردة في عدة الوفاة، ولاشك أن تحريم التصريح بخطبتها جاء مراعاة للزوج الراحل، وللإحداد الضروري، أما التعريض فقد أبيح لأمرين:

أ- انقطاع سلطة الزوج إلي الأبد برحيله عن دنيا الناس.

ب- عدم الخشية من محاولة التخلص من العدة لأن عدة الوفاة تتحدد بوقائع مادية هي: وضع الحمل، أو مرور أربعة أشهر وعشراً. وهي وقائع لا يؤخذ فيها بشهادة المعتدة بل بوضع الحمل أومرور الوقت المحدد.

آثار الخِطبـــة:

عندما تتجه نية الإنسان إلي الزواج، أو يعلن رغبته في التزوج، فإن لذلك آثاره الشرعية على النحو التالي:

١- إباحة النظر:

يقول ابن قدامة في المغني : "لا نعلم بين أهل العلم خلافاً في إباحة النظر إلي المخطوبة لمن أراد نكاحها، وقد روي جابر قال: قال رسول الله ﷺ: "إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر إلي ما يدعوه إلي نكاحها فليفعل".

ويري الأحناف والمالكية والشافعية وبعض الحنابلة أن الأمر هنا للندب، والمذهب عند الحنابلة أنه يباح لمن أراد خطبة امرأة وغلب على ظنه إجابته، النظر إلي ما يظهر غالباً.

ويتساوي الرجل والمرأة في حكم النظر، فللمخطوبة أن تنظر إلي خاطبها، بل هي أولي منه بالنظر كما يقول ابن عابدين.

ويجوز النظر قبل الخطبة وبعدها متي توفرت نية الزواج، وكان القبول متوقعاً، وقد ذهب جمهور الفقهاء إلي أنه لا يشترط علم المخطوبة أو أذنها أو إذن وليها بنظر الخاطب إليها اكتفاء بإذن الشارع ولإطلاق الأخبار، بل قال بعضهم: إن عدم ذلك أولي لأنها قد تتزين له بما يغره، ولحديث جابر ﷺ السابق وفيه إطلاق الإذن، وقد تخبأ جابر للمرأة التي خطبها حتي رأي منها ما دعاه إلي الزواج بها، وقد اختلف الفقهاء في مواضع النظر، فقد توسع الظاهرية، وأجازوا النظر إلي جميع البدن عدا السوأتين، وقريب من ذلك مذهب الأوزاعى، وفي مقابل هذا التوسع اتفق الأحناف والمالكية والشافعية على أن ما يباح نظره من المخطوبة هو الوجه والكفان.

ولا شك أن طبيعة الحياة المعاصرة، أوجدت وسائل للتعارف تختلف عما ألفه القدماء، وهذا لا يغير الحكم الشرعى، فكل تعارف لا يخرج عن هذه الحدود محمود، وما يخالفها ممنوع مردود، ولايجيز الإسلام

خلوة الفتى بالفتاة أثناء الخِطبة، كما لا يجيز التردد إليها أو الخروج معها إلاّ في وجود محرم لها مثل أبيها وأخيها، وخالها وعمها. وإذا كان الإسلام لا يبيح الخلوة بالمخطوبة فهو من باب أولي لا يبيح معاشرتها على النحو الذي عرفته الحضارة الغربية، فالخطوبة مجرد وعد بالزواج، والإسلام لا يبيح هذه المعاشرة إلاّ من خلال عقد الزواج، والعادات والتقاليد التي تعرفها مراسم الخطبة في هذا الزمان لا اعتبار لها متي خالفت أحكام الشريعة قرآناً وسنة.

٢- منع الخِطبة على الخِطبة:

روي عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما، أن رسول الله ﷺ قال: "لا يخطب الرجل على خِطبة الرجل حتي يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب".

ونري أن الحديث إنما يقصد الخِطبة التامة وليس مجرد إبداء الرغبة من طرف دون إجابة الطرف الآخر، وإلي ذلك ذهب الشافعية والحنابلة واشترطوا للتحريم أن يكون الخاطب الأول قد أجيب، ولم يترك ولم يعرض ولم يأذن الخاطب الثاني، وعلم الخاطب الثاني بخطبة الأول وإجابته، ولا شك أن اشتراط العلم ضرورة، لأن الخاطب معذور بجهله.

ولكن ما حكم الزواج بعد الخِطبة المحرمة؟

جمهور الفقهاء -الأحناف والشافعية والحنابلة- يذهبون إلي صحة الزواج بعد الخطبة المحرمة لأن الخِطبة ليست شرطاً في صحة الزواج، ولا ركناً من أركانه، فلا تؤثر فيه، وإنما يقع الزواج صحيحاً على الرغم من الخطبة المحرمة، إلاّ أن ا"" ديانة يلحق الرجل والمرأة لمخالفتهما أمر رسول الله ﷺ.

ويري داود الظاهري أن العقد في هذه الحالة باطل يجب فسخه سواء دخل الرجل بالمرأة أو لم يدخل. وللمالكية في هذا العقد ثلاثة أقوال هي:

أ-أن العقد باطل يجب فسخه سواء دخل الرجل بالمرأة أو لم يدخل، وهذا الرأي يوافق مذهب الظاهرية.

ب-أن العقد صحيح لا يفسخ مطلقاً، وهذا الرأي يوافق مذهب جمهور الفقهاء.

ت-أن العقد يفسخ إن لم يكن الزوج قد دخل بالمرأة، ولا يفسخ إن كان قد دخل بها.

والرأي الراجح هو رأي جمهور الفقهاء. وقد أخذت به أغلب التشريعات العربية حتي ولو خالف المذهب الفقهي السائد في الدولة.

جاء في المذكرة الإيضاحية للتشريع الكويتي : "قد اتفق المجتهدون على التأثيم الديني في زواج مخطوبة الغير، فإذا عقد الخاطب الثاني زواجه بها، مستوفياً أركانه وشرائطه صح العقد، وترتبت عليه آثاره عند جمهور الفقهاء، لأن الخِطبة ليست شرطاً في صحة الزواج، ولاتلازم بين النهي للتحريم وبطلان العقد، وهذا ما جاءت به المادة الثالثة وفق رأي الجمهور، وقول في المذهب المالكي غير مشهور، وعلى خلاف المشهور في المذهب وهو الفسخ قبل الدخول بالزوجة وعدم الفسخ بعده، كما يخالف قولاً ثالثاً هو الفسخ مطلقاً قبل الدخول وبعده، وقد راعت المادة فيما أخذت به الحرص على استقرار الأسرة.

انتهاء الخِطبـــة:

النهاية الطبيعية للخِطبة هي إتمام عقد الزواج، وتأسيس الأسرة المسلمة على قواعد متينة من التقارب النفسي، والتفاهم العقلي، بد

يحقق مقاصد الزواج ومقدماته، ويهيىء لها إمكانات الديمومة والاستمرار.

ولكن الخطبة ليست زواجاً حتي لو تأيدت بدفع المهر، أو بتقديم الهدايا أو بقراءة فاتحة الكتاب، فلكل من الطرفين العدول عنها وهذا لا خلاف عليه بين جميع المذاهب.

فإذا لم يتم الزواج فإن الخطبة تنتهي بإحدي صور ثلاث:

١- وفاة أحد الخطيبين:

الوفاة مانع طبيعي من إتمام الخطبة، وتنتهي الخطبة وتنقطع أحكامها فور حدوث الموت ولا تتراخي أحكامها إلي حين إعلان الوفاة أو إتمام إجراءاته.

فإذا توفي الخاطب أصبحت المخطوبة خالية، ولورثته المطالبة بما دفع من المهر وما هو من ملحقاته عرفاً أو اتفاقاً.

وليس لورثته استرداد الهدايا وما هو في حكمها لأن الفقه الراجح الذي عليه مذهب القضاء المصري أن الهدايا هبة والموت مانع من الرجوع في الهبة، فإذا توفي الخاطب فقد سقط حقه في الرجوع بموته، فلا ينتقل لورثته، لأن الشريعة الإسلامية تثبت حق الرجوع في الهبة للواهب فقط، فلا ينتقل إلي التركة ولا يثبت للورثة.

وإذا توفيت المخطوبة فللخاطب استرداد المهر لأنه أثر من آثار عقد الزواج، وقد استحال إتمامه بوفاة المخطوبة، أما الهدايا فلا ترد لأن موت الموهوب له مانع من الرجوع في الهبة، وقد انتقلت الهدايا إلي ملكية الورثة من مورثهم وهو الموهوب له وليس من الواهب.

وحكم الهبة في مجال الأحوال الشخصية موافق لما عليه حكم المادة ٥٠٢ فقرة ب من القانون المدني والتي تقرر أنه "يرفض الرجوع في الهبة إذا مات أحد طرفي الهبة".

وفقه الإمام أحمد ليس بعيداً عن هذا. قال ابن تيمية: "إن اتفقوا -أي الخاطب والمرأة ووليها- على النكاح من غير عقد فأعطي -أي الخاطب- إياها لأجل ذلك شيئاً غير الصداق فماتت قبل العقد، ليس له استرجاع ما أعطاهم".

٢- الزواج من أحد محارم طرفي الخطبة:

إذا تزوج الخاطب من أحد محارم طرفي الخطبة انتهت الخطبة، لأن موانع الزواج هي موانع الخطوبة، فلو تزوج الخاطب من أم زوجته وهي من المحرمات على التأبيد انتهت الخطبة فوراً، لأن البنت أصبحت محرمة على ذلك الرجل في الحال أو الاستقبال، وكذلك الخطيبة إذا تزوجت أحد محارم الرجل. لأن القاعدة أنه لايجوز للرجل أو المرأة خطبة من يحرم زواجها تحريماً مؤبداً أومؤقتاً، فإذا ثبت التحريم بعد الخطبة انتهتا الخطبة وانقطعت آثارها. والواقع أن الحرمة المؤبدة تحرم الخطبة ابتداء وتمنع من استمرارها انتهاء لأن سبب التحريم وصف لازم غير قابل للزوال.

٣- العدول عن الخِطبة:

رضائية الخِطبة ورضائية عقد الزواج، تجعل العدول أمراً طبيعياً إذا رفض الطرفان أو أحدهما إتمام الزواج، والقول بغير ذلك يجعل الخِطبة عقداً ملزماً، ويجعل الزواج يتم بالإكراه، وكلاهما لا يصح باتفاق المذاهب الإسلامية.

فيجوز لكل من الخاطبين -الرجل والمرأة- العدول عن الخطبة وهو ما نصت عليه التشريعات العربية بقولها : "لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة".

ويستوي في العدول طول مدة الخطوبة أو قصرها، وقد أشارت إلى ذلك محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها حيث قالت : "إن استطالة أمد الخطبة في الزواج والإحجام عن إتمامه ثم العدول عن الخطبة كل ذلك أمور لا تقيد العدول عن إتمام الخطبة ولا تعد أعمالاً مستقلة بذاتها عن هذا العدول".

وعلى الرغم من حق كلا الطرفين في العدول فإن الشريعة الإسلامية -قرآناً وسنة- تنص على ضرورة الوفاء بالوعد. يقول تعالى: ﴿وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولا﴾ ويقول الرسول ﷺ: " آية المنافق ثلاث إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذ إئتمن خان" .

فإذا عدل الخاطب عن خطبته من غير سبب مقبول كان آثماً ديانة أي عند الله، ولا يعتبر العدول المجرد سبباً لأية مطالبة قضائية.

آثار العـــدول:

إن الخطبة ليست مجرد وعد نظرى، بل هي وعد بالزواج أووعد بالدخول في أهم وأخطر علاقة اجتماعية، وهي تنشيء ارتباطات تتخذ صورة عملية، فمتي أعلنت الخطبة أصبح كل من الخطيبين "محجوزاً لصاحبه" وتعين على الغير احترام هذا الكيان الجديد أو العلاقة الجديدة، ويبدأ ينظر الطرفان أحدهما إلي الآخر بعاطفة والتزامات متميزة، بل قد يبدآن في الإعداد لعش الزوجية. فإذا تم العدول بعد ذلك فلا بد من النظر إليه في ضوء ما أحدثه من آثار، وما رتب على الخطبة -شرعاً وعرفاً واتفاقاً- من التزامات.

أولاً : حكم المهر في حالة العدول:

تجري العادة في بعض المجتمعات أن يقدم الخاطب جزءاً من المهر عند إعلان الخطبة أو أثناءها تأكيداً لجدية سعيه، أو للتعجيل بالإستعداد للزواج، فإذا عدل الرجل أو عدلت المرأة، فللخاطب أن يسترد ما دفعه من المهر، فإن كان موجوداً استرده بذاته، وإن كان قد هلك أو استهلك استرد مثله إن كان مثلياً، أو قيمته إن كان قيمياً، وذلك أن المهر لايستحق إلاّ بعقد الزواج فهو أثر من آثاره، فإذا امتنع العقد عاد المهر إلي صاحبه ولا تستحق المرأة منه شيئاً، وهذا حكم متفق عليه في المذاهب الإسلامية. ولم يفرق الفقهاء بين ما إذا كان العدول من جهة الخاطب أو من جهة المخطوبة.

ولكن بعض التشريعات المعاصرة اختارت حلولاً جديدة رأت أنها أكثر تحقيقاً للعدالة، وتوفيقاً بين اعتبارات جرت بها الأعراف المعاصرة، ففرقت بين ما إذا كان العدول من الخاطب أوالمخطوبة.

فإذا كان العدول من الخاطب واشترت المخطوبة بالمهر أوببعضه جهازاً أعطاها القانون الخيار بين إعادة المهر أو تسليم ما يساويه من الجهاز.

أما إذا عدلت المرأة فعليها إعادة مثل المهر أو قيمته، وهذا الحل اختارته تشريعات عربية كثيرة منها التشريع السورى، والتشريع الكويتى،ومشروع قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

واختار مشروع قانون الأحوال الشخصية للمسلمين الذي أقره مجمع البحوث الإسلامية حلاً آخر، إذ جاء في الفقرة (أ) من المادة الثانية، إذا

عدل أحد الطرفين عن الخطبة فللخاطب أن يسترد المهر الذي أداه أوقيمته يوم القبض إن تعذر رد عينه.

ولعل المشرع العربي الذي اختار التفريق بين العدول من جانب الخاطب أو المخطوبة عند رد المهر أراد ألاً تتحمل المرأة الأضرار التي لحقتها من شراء الجهاز أو الأثاث، وقد جاء العدول من الخاطب نفسه، أما إذا كان العدول من جانبها فمن العدل أن تتحمل هذه الخسائر لأنها هي التي كانت سبباً، فتكون راضية بالخسارة.

والحقيقة أن ما اختاره المشرع العربي قد يحقق العدالة وقد يخل بالعدالة أيضاً، لأن العدول من جانب المرأة أو الرجل قد يكون سببه ما اكتشفه في صاحبه من عيوب أخلاقية أو دينية أو اجتماعية تجعل استمرار الزواج ضرباً من المحال، ومغامرة لا ينبغي الدخول فيها، فكيف نحمله بعض الخسائر، وعدوله له مبرر جدي وصحيح، ولذلك نري -مع البعض- أن يقيد الحكم السابق في حال عدول الخاطب بما إذا كان العدول بسبب منه لا منها، ويقيد الحكم السابق في حال عدول المخطوبة بما إذا كان العدول بسبب منها لامنه، ويترك التحقق من ذلك إلي القاضي.

وليس معني ذلك أن اجتهاد التشريعات العربية ليس له ما يؤيده، بل يُخرّج على العرف وأهميته في التشريع، وعلى مبدأ فقهي يجب اعتباره في هذا المقام، وهو أن شراء المخطوبة بالمهر جهازاً إنما وقع بتسليط من الخاطب، لأن العرف جار على عدم قبول الرجل بمجيء عروسه إليه دون جهاز، بل يدفع المهر لكي تجهز به نفسها، فإذا عدل عن الزواج لم يكن له إلاً أخذ ذلك الجهاز الذي اشتري بماله بتسليط منه، وإذن ضمني بصرفه في ذلك، بناء على العرف السائد في التجهيز بالمهر، وهذا ما يراه المذهب الحنفي.

وهو تخريج قريب من رأي المالكية. يقول "الزرقاني" في "شرح مختصر خليل" : "..... لو خطب شخص امرأة، ودفع لها الصداق قبل العقد، فتجهزت به، ثم لم يحصل عقد لمنازعتها، فهل يرجع بما اشترته أو بالنقد؟. والظاهر الأول إن أذن لها، أو علم، أو جرى به عرف، والثاني عند انتفاء ذلك".

ثانياً حكم الهدايا:

الخطبة في صورتها الإجتماعية، يترتب عليها تواصل بين الطرفين، وتقديم الهدايا الثمينة عند إعلان الخِطبة، وتبادل الهدايا بين الطرفين في كثير من المناسبات التي تعارف عليها الناس.

فما هو مصير هذه الهدايا؟

مذهب الأحناف أن الهدايا تأخذ حكم الهبة، فلا ترد إذا هلكت أو استهلكت كالمطعومات من لحوم وفواكه وحلوي والمشروبات وما يصرف في الاجتماعات العائلية المشروعة للخطيبين. أما إذا كانت الهدايا تقبل الإستعمال طويل المدي كقماش لم يتحول إلي ثوب، والخاتم، وأدوات الزينة بالنسبة للمرأة وأدوات المكتب بالنسبة للرجل، وغير ذلك مما يكون باقياً بعينه. فهذه الهدايا ترد لمن أهداها، فإذا انتهت الخطبة بالعدول وطالب طرفاها بالهدايا، فهذا رجوع عن الهبة يجوز للواهب إلا إذا وجد مانع من موانع الرجوع المقررة في المذهب الحنفي.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن "الخطبة وإن كانت تمهيداً للزواج، وهو من مسائل الأحوال الشخصية، إلاّ أن الهدايا التي يقدمها أحد الخاطبين للآخر -ومنها الشبكة- إبان فترة الخطبة لا تعتبر من هذه المسائل لأنها ليست ركناً من أركان الزواج ولاشرطاً من شروطه

إذ يتم الزواج صحيحاً بدونها، ولا يتوقف عليها، ومن ثم يكون النزاع بشأن تلك الهدايا بعيداً عن المساس بعقد الزواج، وما هو متعلق به ويخرج بذلك من مسائل الأحوال الشخصية، وتعتبر هذه الهدايا من قبيل الهبات ويسري عليها ما يسري على الهبة من أحكام في القانون المدني المصري، وقد أورد هذا القانون أحكام الهبة باعتبارها عقداً مالياً كسائر العقود واستمد أحكامها الموضوعية من الشريعة الإسلامية، ومن ثم فإن المعول عليه في حق الخاطب في استرداد الهدايا هو أحكام الرجوع في الهبة الواردة في القانون المدني بالمادة ٥٠٠ وما بعدها.

هذا هو مذهب الأحناف وموقف القضاء المصري، وقد جري على ذلك قانون العائلة العثماني.

آراء المذاهب الأخرى:

أ-ذهب الشافعية إلي أن للخاطب الرجوع في كل ما قدمه إلي مخطوبته، فإن كان قائماً أخذه، وإن كان هالكاً استرد قيمته، ولافرق بين أن يكون العدول من جهة الخاطب أو المخطوبة.

ب-وذهب فقهاء الحنابلة وغيرهم من فقهاء التابعين إلي أنه ليس للخاطب الرجوع في شيء مما أهداه، لأنه هبة، ولا يجوز عندهم الرجوع في الهبة بعد قبضها إلا للأب وحده.

ت- الأصل في المذهب المالكي أن من أهدي إلي المخطوبة ثم تزوجت غيره، فإنه لا يرجع عليها بشيء مطلقاً، ولكن الرأي الأوجه عند المالكية هو الذي نقل عن المتأخرين وفحواه أن العدول عن الخطبة إذا كان من جهة الخاطب فلا يحق له استرداد ما أهداه. أما إذا كان العدول من جهة المخطوبة فله أن يسترد ما قدمه، فإن كان قائماً

استرده بعينـه، وإن كـان هالكاً أواستهلك رجـع بمثلـه إن كـان مثلياً وبقيمته إن كان قيمياً.

ث-أما فقهاء الشيعة الجعفرية فـإنهم يفصلون بين مـا إذا كانت الهديـة مشـروطة بـالزواج وهذه يجب ردهـا ولـو هلكـت، أو إذا لـم تكـن مشروطة فحكمها حكم المذهب الحنفي.

وقد استحسنت التشريعات العربيـة هذا التفصيل عند المتــأخرين، وأخذت به، ورأت فيه تحقيقاً للعدالة، فلم تجمع بين ألم العدول ورد مـا قدم من الهدايا.

وقد نص مشروع الأحوال الشخصية للمسلمين المصريين والذي أقره مجمع البحوث الإسلامية في مادته الثالثة على ما يأتي:

أ-إذا عدل أحد الطرفيـن عن الخطبـة بغير مقتضـي فـلا حـق لـه فـي استرداد شيء مما أهداه للآخر إذا لم يعتبر مهراً طبقاً للفقرة (ب) من المادة السابقة.

ب-إذا كان العدول بمقتضي فله أن يسترد ما أهداه إن كان قائماً أوقيمته وقت القبض إن كان هالكاً أو مستهلكاً.

ت-وذلك كله ما لم يكن هناك شرط أو عرف.

وعيب هذا الاتجاه -في نظرنا- أنه يسوي بين الهدايا الباقية والهدايـا التي لا بقاء لها، والأولي الأخذ بمذهب الأحناف الذي يقضي بأن الهدايا التي لا بقاء لها لا ترد في جميع الأحوال، لأنها في العـادة قليلـة الثمـن، ولم يجر العرف بردها، وفي الإلزام بردها ما يجافي المروءة والعدالة.

ثالثاً : التعويض عن الخطبة:

الخطوبة في الإسلام هي مجرد تعارف بين طرفيها، وهي مقدمة لعقد الزواج، وتمهيد لحصوله، فلا يعد فسخها أساساً للمطالبة بالتعويض، وطبيعة الخطبة عند المسلمين، وما تبيحه لطرفيها، لاتجعل من مجرد العدول هجراً يقتضي المطالبة بالتعويض، ففكرة الهجر غريبة عن فقه الخطبة بالإسلام، وهي مألوفة في الشرائع الغربية لأن الإختلاط والمعاشرة من الأمور المباحة بين الخاطبين، بل إن القانون الفرنسي ينص على أنه إذا مات الخطيب وأنجبت الخطيبة طفلةً منه فإن الخطبة يمكن أن تتحول إلى زواج، والفقه الإسلامي لا يعرف هذا بين الخطيبين بل يحرمه، فكل ملامسة بينهما ممنوعة، وكل مجالسة بغير حضور المحارم غير مشروعة. والفتاة التي تخالط خطيبها إلى حد الوقوع في المحظور لا تستطيع المطالبة بالتعويض فالخطأ مشترك بينهما، وهما معاً يخضعان للعقاب في الشرع الجنائي الإسلامي.

أ- رأي الفقه الإسلامي: الخطبة في التشريع الإسلامي وعد بالزواج، والوعد لا يلزم به الوفاء قضاء عند أغلب الفقهاء، فلكل من طرفي الخطبة الحق في العدول متى شاء، وفي أي وقت يشاء، والقاعدة المقررة في الشرع: "أن من استعمل حقه الشرعي لا يكون ضامناً ولا مطالباً بالتعويض عن الضرر الناشيء عن هذا الإستعمال".

ولا شك أن العدول له صداه النفسي السلبي عند طرفي الخطبة أو أحدهما، ولكن هذه الأصداء تعد امتداداً طبيعياً لفك الإرتباط، وفسخ العلاقة لا يرتب بذاته مسئولية، ولا تتكون منه عناصر ضرر مادي أو أدبي.

ويري أغلب الفقه الشرعي المعاصر أنه وإن كان لا ضمان على من استعمل حقه الشرعي إلاّ أن مبدأ "لا ضرر ولا ضرار"، وقاعدة "الضرر يزال" يوجب التفريق بين حالتين.

الحالة الأولى: أن يكون لأحد الطرفين دخل في الضرر الذي لحق الطرف الآخر بسبب عدوله عن الخطبة، وذلك كأن يطلب الخاطب جهازاً خاصاً أو يحمل المخطوبة على ترك وظيفتها فتتركها بناءً على رغبته ثم يعدل عن الخطبة. وفي هذه الحالة يجوز الحكم بالتعويض عن الضرر الذي يصيب الطرف الآخر بسبب العدول عن الخطبة، للتسبب في ضرر يوجب التعويض.

الحالة الثانية: ألاّ يكون لأحد الطرفين دخل في الضرر الذي أصاب الآخر بسبب العدول، وفي هذه الحالة لا وجه للحكم بالتعويض، فلا يوجد سبب للضمان، ولا ضرر يوجب التعويض.

ونحن نري أن التعويض متي وجب وتحقق سببه فإنه يستوعب الضرر المادي والأدبي.

رأي محكمة النقض المصرية:

اختلفت أحكام القضاء المصري عند المطالبة بالتعويض عن الخطبة، ولكن محكمة النقض المصرية حسمت الأمر، ورفضت اعتبار العدول المجرد سبباً في التعويض وقررت أن الخطبة ليست إلاّ تمهيداً لعقد الزواج، وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحد المتواعدين، فلكل منهما أن يعدل في أي وقت يشاء خصوصاً وأنه يجب في هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته، لما للزوج من خطر في شئون

المجتمع وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهدداً بالتعويض، ولكن إذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه قد لازمتهما أفعال أخري قد ألحقت ضرراً مادياً أو أدبياً بأحد المتواعدين، فإنها تكون مستوجبة للتضمين – أي التعويض– على من وقعت منه، وذلك على أساس أنها في حد ذاتها –بغض النظر عن العدول المجرد– أفعال ضارة موجبة للتضمين.

وهكذا حسمت محكمة النقض المصرية خلاف الفقه والقضاء، واعتبرت التعويض ليس عن العدول وإنما عن الضرر وجعلت أساسه المسئولية التقصيرية وليس المسئولية العقدية وحكمها هذا يتفق مع القواعد العامة في الشريعة الإسلامية. وفي ذلك تقول محكمة النقض في حكم لها: إنه يجب توافر شروط المسئولية التقصيرية للحكم بالتعويض بسبب العدول عن الخطبة، بأن يكون هذا العدول قد لازمته أفعال خاصة في ذاتها ومستقلة استقلالاً تاماً، ومنسوبة لأحد الطرفين، وأن ينتج ضرر مادي أو أدبي للطرف الآخر. بل أشارت محكمة النقض في حكم آخر لها بأن استطالة الخطبة في الزواج والإحجام عن إتمامه ثم العدول عن الخطبة كل ذلك أمور لا تفيد سوي العدول عن إتمام الخطبة، ولا تعد أعمالاً مستقلة بذاتها عن العدول، ومجرد العدول عن الخطبة لا يعد سبباً موجباً للتعويض مهما استطالت مدة الخطبة إلاإذا إقترن هذا العدول بأفعال أخري مستقلة عنه ألحقت ضرر بأحد الخطيبين.

وفي لبنان فإن قانون العائلة اللبناني ينص في مادته الثانية على أنه .. بعد تمام الوعد إذا امتنع أحد الطرفين عن النكاح أو توفي فللخاطب أن يسترد الأشياء التي أعطاها حساباً من المهر عيناً، إن كانت قائمة وبدلاً إن تلفت، أما الأشياء التي أعطاها الطرفان لبعضهما بعضاً هدية

فتجري أحكام الهبة بحقها. وهذه أحكام مصدر المذهب الحنفي، الذي هو أصل لقانون العائلة.

الفصل الثاني

عقد الزواج وأركانه وشروطه

عقد الزواج في الإسلام هو السبيل الوحيد لإقامة الحياة الإجتماعية السوية، فهو الذي يوجد الأسرة، وهو الذي يولد علائق القربى، والإسلام في ذلك يؤكد على أمرين:

الأمر الأول: أن الزواج هو الأساس الوحيد لإقامة الأسرة، فهو يهدم التبني في كل صوره باعتباره طريقاً غير طبيعي للقرابة والروابط الأسرية.

الأمر الثاني: أن الزواج هو الطريق الوحيد الباقي -بعد إلغاء الرقيق- لشرعية العلاقة بين الرجل والمرأة، وكل علاقة سواها- فهي على التحريم والمنع، فالإسلام لا يقر العلاقات الجنسية بجميع صورها، إلاّ ما كان أثراً من آثار عقد الزواج، أو جاء بملك اليمين عند وجوده.

وينقسم هذا الفصل إلي المباحث التالية:

المبحث الأول: خصائص الزواج الإسلامي.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للزواج.

المبحث الثالث: أركان عقد الزواج.

المبحث الرابع: شروط عقد الزواج.

المبحث الأول

خصائص الزواج الإسلامي

أولاً : الزواج نظام إلهي:

للزواج في الإسلام نظام إلهي شرع لمصلحة المجتمع، وحفظ كيان الأسرة، وتنظيم الضرورة الدافعة، وهو وحده مناط التمييز بين الشرعي وغير الشرعي في العلاقات الجنسية، وعلى الرغم من الصفة التعاقدية للزواج إلاّ أن أحكامه وآثاره تتحدد بمجرد إنعقاده، وهي لا تترتب على رضاء المتعاقدين، وإنما هي محددة سلفاً بأحكام إلهية لا تثبتها إرادة المجتمع، ولا تستبعدها رغبة الطرفين. وينتج عن إلهية نظام الزواج ما يلي:

١-لا يملك ولي الأمر إلغاء نظام الزواج على النحو الذي حدده الإسلام، ولا يملك الأفراد استبداله بنظام آخر يحقق مقاصدهم من الزواج. طالما خالفت مقاصد الشارع الإسلامي وأحكامه، فكل صور الزواج وأشكاله، التي عرفتها المجتمعات الإنسانية محرمة إلاّ ما جاء في صورة الزواج الإسلامي شكلاً ومضموناً.

٢- تثبت أحكام الزواج بمجرد تمام العقد ولا تتعلق بإرادة الطرفين، فحرمة المصاهرة، وحرمة القرابة، وحقوق الزوجين أو أحدهما، وكل آثار الزواج وأحكامه محددة بأمر الشارع الإسلامي، وهي من القواعد الشرعية الآمرة التي لا تجيز لطرفي عقد الزواج الاتفاق على مخالفتها.

٣- عقد الزواج عقد ديني : ولا نقصد بذلك أنه سر مقدس لا يتم إلاّ أمام الكاهن، فالزواج في الإسلام عمل مدني بحت، لا يحتاج إلي تدخل رجل الدين أو مباركته، وإنما المقصود بذلك اعتبار الدين الإلهي في الزواج الإسلامي، وتترتب على ذلك النتائج التالية:

أ- لا يجيز الإسلام لأتباعه الزواج من المشركة أو التي لا دين لها، وفي نفس الوقت يبيح لهم الزواج من الكتابية أو التي تدين بدين سماوى.

ب- يترك الإسلام لغير المسلمين حرية تطبيق أحكام شرائعهم الطائفية متي توافرت الشروط المنصوص عليها قانوناً ، ومن ثم تتعدد الشرائع التي تحكم مسائل الزواج في مصر بتعدد الأديان المعترف بها والأمر كذلك في لبنان .

جـ - لا يعترف الإسلام بزواج المرتد، وهو كل خارج عن دين الإسلام ، سواء بإلحاد أو باعتناق دين آخر ، والطفل الذي يولد من زواج اعتنق أحد طرفيه الإسلام يتبع أفضل الأبوين ديناً وهو الإسلام ، وهذه الأحكام كلها من النظام العام.

٤- الزواج حق طبيعي أو هو من الحقوق اللصيقة بالشخصية ، فكل قيد على إمكانية الزواج ، يضر بالفرد والمجتمع على السواء ، ويعتبر غير مشروع في النظام الإلهي للزواج، وهذا لا يمنع ولي الأمر من تنظيم هذه الحرية، مثل منع المسلم من زواج الكتابية في بعض المجتمعات الإسلامية ، أو منع بعض الدبلوماسيين من التزوج بالأجنبيات ، فهذا تنظيم لا منع. فكل منع للزواج يعني مخالفة النظام الإلهي من ناحية ، ودعوة الي العلاقات الجنسية غير المشروعة من ناحية أخري، وكلاهما محرم في حكم الإسلام.

وقد استندت الي ذلك بعض المحاكم في مصر ، وذهبت الي أن اشتراط عدم الزواج مطلقا أو لفترة معينة في عقود العمل يعتبر من الشروط التعسفية ، ذلك لأن الزواج على حد تعبير محكمة القاهرة الابتدائية نظام إلهي شرع لمصلحة المجتمع ، فلا يجوز وضع قيود له لا تقضي بها العدالة ، وإلا كان ذلك معارضة للطبيعة ، ومعارضة لأوامر الله، ومن ثم يعتبر الشرط باطلاً لتنافره مع رسالة الزواج ، وعدم اتفاقه مع الدين والشرع ومع الطبيعة والعرف.

ثانياً - ديمومة الزواج :

الزواج في الإسلام علاقة دائمة ، وفي الفقه الإسلامي تأكيد لدي جميع المذاهب – حتي عند الشيعة الإمامية القائلين بنظام آخر هو المتعة – على أن الزواج نظام الأصل فيه أنه دائم ، وأنه بغير فكرة الدوام هذه لا يستقيم ، لا عقده حيث يبطل مع التأقيت، ولامقاصده ، لأن السكني والألفة ، وشركة الحياة حلوها ومرها، والأولاد والقيام على تربيتهم وتعليمهم وحسن توجيههم ، حتي البلوغ بهم الي مرحلة الاعتماد على النفس والاستقلال الرشيد ، كل ذلك يستلزم اصطحاب فكرة الدوام–كما يقول أستاذنا الدكتور محمد بدر–غير أن كل هذه الدواعي قد يتغير مقتضاها ، فيستلزم حل الزواج ، وإنهاء وضع بلغ من الفساد ما لا سبيل إلي استقامة كل هذه المعاني عليه، ومن ثم كان إمكان الحل عند دواعيه على أنه أبغض الحلال. كما وصف الرسول ﷺ الطلاق ، ولأن ديمومة الزواج خاصية رئيسية له في الإسلام، فقد ذهب الفقه الإسلامي الي أن عقد الزواج عقد دائم وذهب جمهور الفقهاء إلي أن التأقيت يبطل عقد الزواج في صورتين :

أ-نكاح المتعة : وهو عقد بصيغة التمتع، كأن يقول : تمتعت بك إلي شهر كذا فتقول قبلت ، وهي علاقة تنتهي بإنتهاء الوقت المحدد ، فلا تحتاج إلي طلاق أو فرقة ، ولا تثبت بها نفقة ، ولايجري بها التوارث، وقد ذهبت جماهير العلماء من عهد الصحابة حتي عصر الأئمة المجتهدين وإجماع أهل السنة إلي يوم الناس هذا ، إلي حرمة المتعة وبطلان عقدها ، وقد ذهب الشيعة الإمامية إلي جواز ذلك ، لكنه ليس الزواج الأصلي عندهم .

ب-الزواج علي التأقيت : وهو قريب من المتعة ، ولكنه يأتي بصيغة التأقيت مثل تزوجتك إلي شهر كذا ، وجمهور العلماء يرون بطلان هذا الزواج ، إلا أن زفر من فقهاء الأحناف الأوائل يعتبر العقد بصيغة التأقيت زواجاً صحيحاً ولازماً ، ولاعبرة عنده بالتأقيت فهو شرط فاسد .

ولا خلاف بين زفر وجمهور الفقهاء في ضرورة ديمومة عقد الزواج ، إلا أن زفر لم يعتد بصيغة التأقيت ، باعتبار أن الوضع الإلهي لعقد الزواج في الإسلام أنه عقد دائم، فكل تغيير يدخل علي صفة الدوام لا يعتد به فيبطل الشرط ويصح العقد .

وإذا اشترطت المرأة طلاقها بعد شهر من الزواج فالعقد صحيح لأنه تم دائماً ومؤبداً ويلغي الشرط .

ثالثاً : واحدية الزواج :

جاء الإسلام والبشرية تستطيع الرشد وفي حاجة إليه ، فهداها إلي الدين الخاتم القويم ، وهذب ما كان لها من شرائع وألغي نظماً وأبقي نظماً أخري ، وفي مجال نظم الزواج ف الإسلام لا يقر إلا زوجاً

واحداً للزوجة ، معتبراً كل علاقة جنسية للزوجة بآخر علاقة غير مشروعة حتي ولو جاءت في صورة زواج بزوج ثان.

ويترتب جديد على ذلك ما يلي :

أ-اعتبار زوجة الرجل ومعتدته من المحرمات على التأقيت اللاتي لايجوز الزواج بهن، إلاّ بعد انتهاء الزوجية بوفاة أو فرقة، وبعد انتهاء العدة، وكل زواج بالمرأة المتزوجة يقع باطلاً، والعلاقة الجنسية فيه غير مشروعة. ويعاقب أطرافها عقوبة الزنى، إذا توافرت شروطها وامتنعت شبهاتها.

ب-لا يقر الإسلام أي نظام لتعدد الأزواج سواء تم تحت إسم شيوع الزواج، أو زواج الجماعة، أو ما عرف في تشريعات بعض الدول الأوربية التي تسمح بإقامة الزوجة وصديق الزوجة والزوجة في سكن واحد، فهذه الفوضي الأخلاقية والجنسية يترتب عليها انهيار الأسرة، واختلاط الأنساب، وفقدان قيمة الشرف والعرض في الحياة الإنسانية.

ت-إباحة تعدد الزوجات: ولم تمنع واحدية الزوج من إباحة تعدد الزوجات لأسباب تتطلبها الحاجات الطبيعية، أو الظروف الاجتماعية. وقد اتجهت غالبية التشريعات العربية إلي فرض قيود على حق الزوج في التعدد، وإعطاء الزوجة حق طلب التطليق عند تضررها من الزواج الجديد.

اختلاف الجنس بين الزوجين، خصيصة هامة في الزواج الإسلامي، بل في الزواج في كل الأديان وفي كل نظام بشري سوى، وهذا هو الزواج في شكله الطبيعي كما غرسه الله عزّ وجلّ في كل الكائنات الحية، ولكن دولاً معاصرة تفاخر بكونها غربية ومتقدمة، أصدرت تشريعات تبيح الزواج بين الجنس الواحد، بل وأصبحت تقيم المؤتمرات والندوات من أجل تعميم هذه التشريعات اللاأخلاقية، والإسلام يرفض بشدة كل تغيير لقيم الدين، وأحكامه في الزواج، والعلاقات الجنسية بين أبناء الجنس الواحد محرمة في الإسلام سواء كانت بين رجل ورجل أوبين امرأة وامرأة، فاللواط محرم في الشريعة الإسلامية، وكذلك السحاق، وهو ممارسة المرأة الجنس مع المرأة، وتلك بديهية يدركها كل عاقل، ولكننا ابتلينا بعصر الجنون، ويحاول عصرنا أن يجعل من هذه المحرمات الدينية نظماً قانونية معترفاً بها.

وقد منع الإسلام زواج الخنثي المشكل ، وهي التي لا تتبين أنوثتها المحققة ، لاعتبار لختلاف الجنس ، ويبطل الزواج إذا تعذر تحديد جنس الشخص ، وقد قرر القضاء الفرنسي أن من شأن ذلك أن يبطل الزواج، ولكن من اللحظة التي يمكن فيها التعرف على أن جنس الزوجين مختلف ، فإن الزواج يكون صحيحاً ، ومع تقدم الطب وإمكان تغيير جنس الشخص ، فإن الزواج يعتبر باطلاً من لحظة اتحاد الجنسين.

وفي الفقه الإسلامي إشارات كثيرة إلي ضرورة اختلاف الجنس في الزواج الإسلامي ، فقد أشار " الكاساني " في " بدائع الصنائع " إلي أنه لا يجوز زواج إنس بجنية لاختلاف الجنس، م يدر بخلد "الكاساني"

لن يمر على الإنسان دهر يطالب فيه الرجل بالزواج من رجل مثله ، وتطالب فيه المرأة بالزواج من امرأة مثلها ، ويترتب على هذه الخصيصة ما يلي :

أ- حرمة الزواج بين الجنس الواحد .

ب- حرمة زواج الخنثي المشكل .

جـ- حل الزواج برجل انقلب الي أنثي لأنه في الحقيقة كان مشكلاً وتحدد جنسه .

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية للزواج[1]

يتنازع تحديد الطبيعة القانونية للزواج نظريتان أساسيتان : النظرية الأولي تسمي بالنظرية العقدية والنظرية الثانية تري أن الزواج يعتبر نظاماً قانونياً وسوف نستعرض تباعاً الخطوط العريضة لكل نظرية ثم نوضح التكييف الذي نراه للزواج .

النظرية العقدية :

يري أنصار هذه النظرية أن الزواج يعتبر عقداً فهو يتم بتلاقي إدارة كل من الزوج والزوجة . وهذا الاتفاق يرتب الكثير من الآثار القانونية فهو يولد الكثير من الحقوق والالتزامات على عاتق كل من الزوجين . ومن هنا يقال عادة عن إبرام الزواج إبرام عقد الزواج . ولقد أخذ بوجهة النظر هذه الدستور الفرنسي الصادر في سنة ١٧٩١ حيث ينص على أن " الزواج ليس إلا عقداً مبدئياً " .
غير أن ذلك التكييف محل نظر .

وهذه النظرية ترد عليها اعتراضات كثيرة فهذه النظرية ليست صحيحة على إطلاقها ، فإن كان العقد اتفاق إرادتين من شأنه أن يولد حقوقاً والتزامات بين أطرافه فإن الزواج يولد حقوقاً وينشئ التزامات على عاتق الزوجين ، إلا أن الآثار القانونية التي تترتب على العقد بمعناه التقليدي يقوم بتحديدها وترتيبها أطراف العلاقة طبقاً للقاعدة العامة بأن العقد شريعة المتعاقدين ، أما الآثار القانونية التي تترتب

---

[1] نقل بتصرف من كتاب الأحوال الشخصية لغير المسلمين للأستاذ الدكتور حسام الأهداني.

على الزواج فالقانون هو الذي يحددها بنصوص آمرة لا يجوز الاتفاق على ما يخالف حكمها. ولأطراف الزواج إما أن يقبلوا هذه الآثار ككل وذلك بإتمام الزواج وإما أن ترفض ككل وذلك بعدم الزواج . ولكن الأزواج ليس لهم أن يعدلوا بحرية الآثار التي تترتب على الزواج .

ولا يمكن الانتقاص من أهمية ذلك الانتقاد بحجة أنه توجد الكثير من العقود الآن التي تتضمن شروطاً أساسية وجوهرية لا تقبل النقاش بين أطراف العقد وذلك مثل عقد العمل ، ففي الحقيقة تترك هذه العقود مجالاً لحرية إرادة الأطراف فالشروط الأساسية هي التي ليست محل نقاش ولكن يوجد إلي جانبها نطاق ومجال تمارس فيه حرية الأفراد في تحديد الآثار القانونية . أما في الزواج فإرادة الأفراد لا تلعب أي دور في ترتيب الآثار القانونية . كما أن في عقود الإذعان والعمل يقوم أحد الأطراف بوضع الشروط ويقبلها الطرف الآخر أما في الزواج فالقانون وليس أحد الأطراف هو الذي يضع الشروط .

وإزاء هذه الانتقادات التي تعرضت لها النظرية العقدية ظهرت الفكرة الثانية التي تري في الزواج نظاماً قانونياً .

الزواج باعتباره نظاماً قانونياً :

يري أنصار هذه النظرية أن الزواج يعتبر نظاماً قانونياً . فالزواج يرمي إلي إنشاء جماعة ، وهي الأسرة ، تهدف إلي غاية مشتركة للأسرة ، وهذه الغاية مستقلة عن المصالح الخاصة للأفراد والمكونين لها، وهي الإنجاب وتربية الأطفال والمعيشة المتضامنة سواء من الناحية المادية أو من الناحية المعنوية . فالزوجان بمجرد زواجهما ينشئان نظاماً قانونياً وهو الأسرة.

وإذا كانت الأسرة تعتبر نظاماً قانونياً فإن الزواج يعتبر الأساس الذي يقوم عليه ذلك النظام . وإرادة الزوجين لا تنشئ عقداً بقدر ما تحقق انضمامهم إلي نظام قانوني.

والانضمام إلي نظام معين يختلف اختلافاً جوهرياً عن إبرام عقد. فبالرغم من أن إرادة الأطراف تلعب دوراً في الحالتين إلا أن ذلك الدور مختلف جد الاختلاف . فالشخص الذي ينضم إلي جمعية أومؤسسة لابد بطبيعة الحال أن يتم انضمامه بناء علي إرادة فهو يقبل دون مناقشة القواعد التي تنظم ذلك المجموع . وكذلك الأمر بالنسبة للزواج، فالزوجان لا يفعلان أكثر من أن ينضما إلي نظام الزواج بالصورة التي ينظمها المشرع دون أن يستطيعا إدخال أي تعديل على آثاره . ودون مناقشة ما يتضمنه من قيود على حريتهم من أجل تحقيق مصلحة النظام وخاصة من أجل تحقيق استقرار النظام .

ولهذا يختلف النظام عن العقد. ففي النظام تقتصر إرادة الزوجين على قبول الانضمام إلي نظام الزواج وذلك بالزواج . أما في العقد فإن الإرادة يجب أن يكون لها دور أكثر وخاصة في تحديد آثار العقد وهو ما ينعدم بالنسبة للزواج.

وفي الحقيقة نري أن كلا من النظريتين " التعاقدية وفكرة النظام " يكمل الأخري ، وتقوم كل واحدة بتفسير ما تعجز عن تفسيره الأخري، ولذلك نحبذ الأخذ بما نسميه بالنظرية المختلطة.

النظرية المختلطة :

بعد التطور الحديث الذي لاقته نظرية العقد بصفة عامة فإنه قد أصبح من المبالغ فيه التحدث عن التعارض بين فكرة العقد وفكرة النظام القانوني . فنظراً للدور الذي يلعبه العقد في المجال الاقتصادي

فقد تأثرت فكرة العقد بالتوجيه الاقتصادي الذي ترسمه الدولة[1]. فبدأت فكرة التوجيه الاقتصادي للعقد تحل إلى حد كبير محل فكرة حرية التعاقد وضعف مبدأ سلطان الإرادة.

وبهذا فقد الصراع بين كل من النظرية التعاقدية ونظرية النظام الكثير من أهميته.

وفي مجال تحديد الطبيعة القانونية للزواج نرى أن كلاً من النظرية التعاقدية وفكرة النظام تعتبر غير كافية إذا أخذت كل منهما على حدة. وللتوصل إلى تكييف سليم للزواج نرى ضرورة الأخذ بأن النظريتين تتكاملان. فكلاهما يتفادى العيوب والقصور الذي تعانيه النظرية الأخرى. ولذلك فمن الضروري المزج بين كل من النظريتين.

فمن ناحية، يقوم الزواج على عقد بين الطرفين، فإن كان الزواج يعتبر نظاماً فإنه كان يكفي أن يعلن كل طرف منفصلاً عن رأي الآخر انضمامه إلى نظام الزواج. وبطبيعة الحال فإن ذلك لا يحدث فلا بد من أن يبدأ الزوج بتلاقي الإرادات. ويخضع إبرام ذلك العقد للقواعد الخاصة بالعقد من ناحية إبرامه من شروطه وما يلحقه من عيوب. وبعد إبرام ذلك العقد ينضم الأطراف إلى نظام الزواج فالانضمام لا بد أن يسبقه اتفاق بين الأطراف.

فليس الذي يدخل الأسرة ويكونها شخصان منعزلان عن بعضهما ولكن لا بد من أن يوجد تعاقد سابق بينهما للانضمام إلى نظام الزواج. ولكن ليس معنى ذلك أن النظرية التعاقدية كافية طبيعة الزواج.

ففكرة النظام القانوني تكمل تلك النظرية وذلك بإيضاحها الصفة الآمرة للقواعد القانونية التي تحكم الزواج، فعقد الزواج يتميز بأنه

---

[1] د. مصطفى الجمال: تكيف العقد وفقاً للأوضاع الاقتصادية رسالة دكتوراه باريس سنة ١٩٦٤، وقد حصلت رسالة أستاذنا د. الجمال على جائزة أحسن الرسائل من جامعة باريس.

ينشيء نظاماً قانونياً ألا وهو الأسرة. وهذا النظام تنظمه السلطة للدينية وتحدد الآثار التي تترتب على الانضمام إليه وتضع بالتالي ذلك النظام أمام نظر الأطراف ليقرروا قبوله وليتزوجوا. ولذا فإن نظام الزواج يتكون من قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على ما يخالف حكمها فالسلطة للدينية تحدد ذلك النظام ولا بد من تدخلها لإبرامه كما أن السلطة العامة ممثلة في القضاء لابد من أن تتدخل لإنهاء للعلاقة الزوجية" وهذه النظرية المختلطة تفسر للزواج الإسلامي باعتباره نظاماً إلهياً وباعتباره عقداً رضائياً[1].

---

(1) د/ حسان الأهواني : شرح مبادئ الأحوال الشخصية لغير المسلمين القاهرة سنة ١٩٧٦ وهو من أهم الكتب في هذا المجال.

المبحث الثالث

أركان الــزواج

الركن في إصطلاح علماء الأصول، ما يتوقف الشيء على وجوده، وكان جزءاً من حقيقته. وقد اختلف فقهاء المذاهب فـي أركـان الزواج، واتجهت التشريعات العربية إلى ترك الخـلاف، وإثبات ما اتفقت فيه المذاهب، فالزواج فيها له ركنان هما الإيجاب والقبول، ويطلق عليهما معاً اسم الصيغة، ولا خلاف بين فقهاء المذاهـب الإسلامية فـى اعتبـار الصيغة من أركان الزواج، وفقهاء الحنفية يحصرون الأركان فـي الصيغة فقط، أي في الإيجاب والقبول، وقد نصّت المادة الخامسة من تشر ع الأحوال الشخصية السوري أن الزواج " ينعقد بإيجاب من أحد العاقدين وقبول من الآخر"، وهو تكرار مع خلاف يسير فى التشـريعات العربية الأخرى.

والحقيقة أن الإيجاب والقبول هما العنصران الذاتيان فى ماهية العقد، وبارتباطهما يتعّين المراد منهما، ويتحقق الرضا به، ويصح الاعـتراض على "الحطاب" في القول بأن الزوج والزوجة ركنان، فقد اعترض عليه بأن الزوجين ذاتان والنكاح عقد وهو معنى، فلا يصح كونهما ركنين له.

أولاً : تعريف الإيجاب والقبول:

الفرق بين الإيجاب والقبول ضابطه أولية الصدور عند الأحناف وهو المشهور عند الشيعة الجعفرية، وهو ضابط دقيق يكفي للتمييز بين ما يطلق عليه الإيجاب وما يطلق عليه القبول، مع أن الجوهر واحد وهو الموافقة على الزواج والرضا به.

فالإيجاب: هو اللفظ الصادر عن أحد العاقدين أولاً رجلاً أوامرأة، معلناً إرادته فى التزويج.

والقبول: هو اللفظ الصادر ثانياً من العاقد الآخر موافقاً لما أعلن فيه.

ويصح الإيجاب من العاقد أو نائبه ولياً كان أو وكيلاً، ويصح القبول من العاقد الآخر أو نائبه أيضاً. وصورة الإيجاب أن يقول العاقد زوّجتك نفسى وصورة القبول أن يقول العاقد الآخر قبلت. والعقد هو الإيجاب والقبول على الترتيب فلا يصح أن يسبق القبول الإيجاب كما لا يصح أن يتأخر الإيجاب بعد القبول، وكل قبول لايصادف إيجاباً يعتبر فى ذاته إيجاباً مبتدأ يحتاج إلى قبول.

ثانياً : عبارة الإيجاب والقبول:

الأصل فى انعقاد العقد أنه ينعقد بكل عبارة تدل على إرادة المتعاقدين الجازمة، ولا يشترط ألفاظ خاصة أو عبارات بعينها، لأن العبرة فى العقود للمعانى دون الألفاظ والمباني، وهذه قاعدة فقهية معروفة.

وهذا هو القوّل المختار عند ابن تيمية، وبه أخذت بعض التشريعات العربية، فقد جاء فى المادة السادسة من قانون الأحوال الشخصية السورى "يكون الإيجاب والقبول فى الزواج بالألفاظ التى تفيد معناه لغة أو عرفاً".

ولكن الشافعية ومن وافقهم يرون عقد الزواج هو أهم تعاقد فردى واجتماعى، ففيه من الارتباط ما يستدعي التحرُّز والاحتياط، فلا يكون الإيجاب عندهم إلاّ بلفظ النكاح أو التزويج، وما أخذ منهما من الأقوال، خاصة وأن الزواج ليس مجرد تعاقد عادى بل فيه جانب عبادي،

والعبادة تقتضي التقيد بما جاء فيها من ألفاظ، ولم يرد في القرآن وهو يشرع للزواج إلاّ لفظة النكاح والتزويج من ذلك قوله تعالى في سورة النساء ﴿**فانكحوا ما طاب لكم من النساء**﴾ وقوله تعالى في سورة الأحزاب ﴿ **فلما قضى زيد منها وطرا زوجناكما**﴾. فالرأي عند الشافعية ومن وافقهم أنه يلزم الاقتصار على هذين اللفظين في إنشاء عقد الزواج، ولا يصح أن ينعقد بغيرهما من الألفاظ، وهذا هو رأي الشيعة الجعفرية أيضاً.

والأحناف يقولون إن الإيجاب كما يصح بلفظ النكاح والتزويج يصح أن يكون بغيرهما من الألفاظ التي تدل على تمليك العين في الحال، كالهبة والتمليك وما يرادف ذلك من أي لغة متى وجدت القرينة الدالة على أن الزواج هو المقصود. أما الألفاظ التي لا تدل على التمليك أصلاً كلفظ الإعارة والإباحة فقد اتفق فقهاء الأحناف على عدم صلاحيتها للإيجاب فلا ينعقد بها عقد الزواج.

ثالثاً : صيغة الإيجاب والقبول:

الأصل ألاّ تؤثر الصيغ على صحة العقود فيستوى أن تجيء في صيغة الماضي أو المضارع أو الأمر، ولكن أهمية عقد الزواج وحرص الإسلام على صيانته من كل غموض وإبهام جعل صيغة الفعل الماضي هي اللازمة لسلامة الإيجاب والقبول، فهي الصيغة التي تفيد إنشاء عقد الزواج في الحال، فلا يتطرّق إليه الاحتمال. فالإيجاب في صيغة الماضي كقوله زوّجتك ابنتي، والقبول في صيغة الماضي هو قول العاقد الآخر قبلت أو رضيت.

فصيغة الماضي هي الصورة الأصلية للإيجاب والقبول، والعقد ينعقد بها دون توقُّف على شيء آخر كالنيه أو القرينة.

وقد يأتي الإيجاب في صيغة المضارع أو الأمر، وفي هذه الحالة لابدّ من القرينة التي تدل على إنشاء العقد في الحال، لأن هاتين الصورتين تفيد معنى الحال، كما تفيد معنى الاستقبال، فلا بدّ من توفّر القرائن الدالّة على إنشاء العقد.

وهذا ما ذهب إليه الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة، وهو لايخرج في مضمونه على ما جاء به فقه الشيعة الجعفرية.

جاء في فقه الإمام جعفر الصادق لمحمد جواد مغنية ما نصه: المحققون من فقهاء الجعفرية على أن صيغة الزواج الدائم، كما تنعقد بلفظ الماضي، تنعقد بغير صيغة الماضي، لأن المقصود من العقد لما كان هو الدلالة على القصد الباطني واللفظ كاشف عنه، فكل لفظ دل عليه ينبغي اعتباره، وعلى ذلك فإن الصيغة كما تصح بلفظ الماضي الدال على صريح الإنشاء، تصح بلفظ الأمر إذا قصد الإنشاء كقوله زوّجنيها، فيقول زوّجتك، وبصيغة المستقبل كقوله أتزوّجك فتقول زوّجتك.

رابعاً: لغة الإيجاب والقبول:

لم يحدد الشارع لغة يتم بها الإيجاب والقبول، خاصة وأن الإسلام للكافة، ولغات الناس شتى، فيصح الزواج بأية لغة والعربية غيرها سواء، طالما كان قصد المتكلّم بها صحيحاً، وكانت لغة مفهومة عاقدين والشهود.

وجمهور الفقهاء على أنه لا دليل على اعتبار العربية لغة للإيجاب القبول، ويستوى فى ذلك القادر عليها وغير القادر، فيستطيع العربي يعقد زواجه باللغة التي يريد، ومن باب أولى من لا يعرف العربية أو لغة حديث.

وذهب الحنابلة والشافعية في قول والجعفرية في المشهور عندهم: إلي أن من كان قادراً على النطق بالعربية لا يصح منه العقد بغيرها، لعدوله عن اللفظ الوارد مع قدرته عليه.

خامساً: أسلوب الإيجاب والقبول:

الأصل أن التلفُّظ والمشافهة هي أسلوب الإيجاب والقبول عند الفقهاء، فلا يقبل سواه من الحاضر القادر على الكلام، وعند تعذُّر العبارة لعجز في النطق أو الفهم أولمن لا يحسن القراءة يجيء مكانها الكتابة والإشارة وتفصيل ذلك فيما يلي:

أ- العبارة هي أصل في أسلوب الإيجاب والقبول، ولا يصح بغيرها مع القدرة عليها، فإذا حضر العاقدان مجلس العقد، وكانا قادرين على التعبير نطقاً ولفظاً تعَين عليهما التعبير بالألفاظ، لأنها الأصل في التعبير عن الإرادة، فلا ينعقد الزواج بالإشارة أوالكتابة في هذه الحالة، لأنهما بدل العجز عن النطق، ولا بدل مع تمام القدرة عليه. فلو كتب رجل لإمرأة "تزوّجتك" أو كتبت له "زوّجتك نفسي" وهما حاضران مجلس العقد، فقال أو قالت: قبلت أو نحوه لا ينعقد الزواج بينهما.

ب- الإشارة: وهي بدل النطق للعاجز عليه بأن كان أخرساً جبلّة أولا يستطيع النطق مؤقتاً لمرض ألمّ به، على أن تكون إشارة مفهمة، تفصح بذاتها عن إرادة العقد، واتفاق الفقهاء على أن الإشارة كافية لانعقاد الزواج إذا كان العاجز عن النطق لا يحسن الكتابة، أما العجز عن النطق ويحسن الكتابة فلا ينعقد العقد بإشارته، وهذا هو الراجح عند المحققين من فقهاء الأحناف، وأحوط الروايتين في

مذهبهم. وذهب بعض الفقهاء منهم الجعفرية إلى أن إشارة الأخرس كافية لانعقاد العقد حتى ولو كان يحسن الكتابة.

والرأي الأول هو الراجح لخطورة موضوع الزواج وحاجته إلى الوضوح التام في التعبير عن الإرادة، والكتابة أولى وأبين من الإشارة، وهذا الترتيب هو ما جاءت به المادة (١٢٨) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بالنص على أن "إقرار الأخرس يكون بإشارته المعهودة، ولايعتبر إقراره بالإشارة إذا كان يمكن الإقرار بالكتابة".

وهو ما اختاره المشرّع السوري في المادة العاشرة من قانون الأحوال الشخصية، وقد جاء فيها: "يصح الإيجاب أو القبول من العاجزين عن النطق بالكتابة إن كان يكتب وإلاّ فبإشارته المعلومة".

وهذا منطقي، لأن الكتابة تتحول في مجلس العقد إلى عبارة، فهي تقرأ على الشهود ليتم أمامهم الإيجاب والقبول.

جـ- الكتابة: وهو السبيل التقليدي للتعاقد بين الغائبين وكتاب الغائب ينبغي أن يتضمّن الإيجاب فما إن وصل إلى الطرف الآخر عليه أن يحضر الشهود، ويقرأ أمامهم الكتاب ويشهدهم عليه، ويعلن قبوله للزواج فيتم العقد. وينبغي أن تتوافر الشهادة في مجلس القبول ليصح عقد الزواج.

فإذا أنكر الموجب كتابه، وادّعى تزوير زواجه، فيحتاج رد الإنكار إلى شهود آخرين يشهدون بأن الكتاب كتابه، أما دعوى الزواج نفسها فلا تسمع عند الإنكار إلاّ إذا كانت ثابتة بوثيقة رسمية طبقاً لما نصّت عليه لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المصرية.

وعبارة الرسول تأخذ حكم الكتاب إلاّ أنها تفارقه في حالة رفض القبول، لأن عبارته بالرفض تنتهي وتزول، فإذا قبل الطرف الثاني بعد سابق رفضه، لم يصادف قبوله إيجاباً فلا ينعقد العقد، ولا يتم الزواج.

د- التعاطي: وهو تلاقي الطرفين على دخولهما في الزواج دون إيجاب وقبول، فلو تفاهم الرجل والمرأة على المهر فسلّمت نفسها إليه، لا يكون ذلك زواجاً، وعلاقة المرأة بالرجل غير شرعية، وقد نقل العلماء الإجماع على عدم عقد الزواج بطريق التعاطي، وهو طريق مقبولة في العقود المالية.

سادساً : الإيجاب والقبول بعاقد واحد:

الأصل أن عقد الزواج يتولاّه شخصان، فيصدر الإيجاب من أحدهما ويسمّى موجباً، ويصدر القبول من الآخر ويسمّى قابلاً. فما الحكم إذا تولاّه عاقد واحد؟. وهل يعتد بإيجاب وقبول جاءا في عبارة واحدة؟.

يجوز الإيجاب والقبول بعاقد واحد في أرجح الأقوال عند الأحناف وهو مذهب القضاء في مصر، وهو ما ذهب إليه المالكية والحنابلة.

ويشترط الفقهاء فيمن تصح بعبارته وحدها الإيجاب والقبول، وينعقد بها العقد، أن تكون له صفة شرعية تخول له حق تمثيل الطرفين، وهذه الصفة تتحقّق بالأصالة أو النيابة، فالعاقد هنا إما أصيل عن نفسه أوولي أو وكيل عن غيره، فإذا فقد ذلك، لااعتبار لعبارته، ولا وجود لإيجابه وقبوله، وينعقد الزواج بعبارة الشخص الواحد في الصور الآتية:

١-أن يكون العاقد أصيلاً عن نفسه ولياً عن غيره، ومثاله أن يتزوج الشخص من ابنة عمه التي في ولايته.

٢-أن يكون أصيلاً عن نفسه وكيلاً عن غيره، ومثاله أن توكل إمرأة رجلاً في تزويجها فيزوّجها من نفسه.

٣-أن يكون ولياً لطرفي العقد، ومثاله أن يزوّج الجد بنت ابنه لابن ابنه الآخر، وكلاهما في ولايته.

٤-أن يكون وكيلاً عن طرفي العقد، كمن توكله امرأة في تزويجها، ويوكله رجل في زواجه، فيزوج أحدهما من الآخر.

أما إذا كان العاقد فضولياً من الجانبين، أو فضولياً وأصيلاً، أووليا أووكيلاً من جانب آخر فلا ينعقد الزواج بعبارته وحدها، فالعقد في كل هذه الصور موقوف على إجازة من يملك الإجازة.

وهذه الأحكام اختارها مشروع قانون الأحوال الشخصية للمسلمين الذى أقرّه مجمع البحوث الإسلامية، فنصت الفقرة (ب) من المادة ٢٦ على أنه : "يجوز أن يتولّى طرفي العقد شخص واحد ليس فضولياً من جانب أحد الزوجين وتكفى حينئذٍ عبارته في الإيجاب والقبول".

المبحث الرابع
شروط الـزواج

الشرط عند الأصوليين هو ما يتوقف عليه الشيء الذي جعل شرطاً له، ولم يكن جزءاً من حقيقته، والشروط في عقد الزواج إما شروط توجبها الشريعة والزواج بدونها لا ينعقد، أو لا يترتّب عليه أثره، أوشروط يوجبها ولي الأمر أو القانون مثل شرط السن، وتوثيق عقد الزواج وغيابها يترتّب عليه عدم سماع الدعوى متى توافرت شروطه، وأخيراً شروط مقترنة بالعقد يمليها أحد طرفيه، منها ما يتنافى مع أحكام الشرع ومقاصد العقد فيبطل، ومنها ما يحقق نفعاً ولا يصادم حكماً فيصح ويجب الوفاء به.

وهذه الشروط تنقسم لما يلي:

أولاً: شروط توجبها الشريعة.

ثانياً : شروط يوجبها ولي الأمر.

ثالثاً: شروط يمليها العاقدان.

<u>أولاً: شروط توجبها الشريعة:</u>

توجب الشريعة شروطاً أربعة لعقد الزواج هي شروط الإنعقاد، وشروط الصحة، وشروط النفاذ، وشروط اللزوم.

١- <u>شروط الانعقاد:</u> وهي التي يلزم توافرها في أركان العقد، فإذا تخلفت بطل العقد باتفاق الفقهاء والعقد الباطل هو الذي لايترتّب عليه أي أثر من آثار العقد الصحيح، والزواج الباطل لايترتّب عليه أي أثر من آثار عقد الزواج ولو صاحبه دخول بالمرأة فلا يثبت به النسب، ولا تجب بانتهائه العدة. ومثاله: الزواج بإحدى المحارم،

أوبزوجة الغير. وشروط الانعقاد منها ما يتعلّق بأهلية المتعاقدين، ومنها ما يتعلّق بالمرأة باعتبارها أحد المتعاقدين، ومنها ما يتعلّق بصيغة الإيجاب والقبول الصادر من المتعاقدين.

أ- ما يشترط في العاقدين: ويجمعها كلها ركن الرضا وتوافق الإرادتين، ويشترط في العاقدين ما يلي:

- **أهلية المتعاقدين: ولا يكفي فيها أهلية الوجوب، بل لابدّ من توافر أهلية الأداء، ولا يشترط لكتمالها، فيكفي أن يكون المتعاقد لنفسه أولغيره أهلاً لمباشرة العقد،** وذلك بالتمييز فحسب، فلا ينعقد الزواج بإرادة فاقد أهلية الأداء كالصبي غير المميز أوالمجنون، وإذا أقدم عليه فاقد الأهلية كان الزواج باطلاً، لعدم توفر الإرادة والقصد المعتبر شرعاً.

وبطلان الزواج هنا أساسه فقدان أهلية التعاقد، وليس عدم صلاحية الصغير أو المجنون للزواج، فزواجهما صحيح إذا باشر العقد نائب شرعي لهما.

- **سماع كل متعاقد كلام آخر:** وأساسه ضرورة تلاقي إرادة العاقدين على المقصود من كلامهما -إيجاباً وقبولاً- وأن ما فهمه العاقدان يتعلّق بإنشاء عقد الزواج في الحال، ولا تشترط المواجهة بين العاقدين عند السماع، فالتعاقد بين الغائبين جائز، وتعتبر قراءة الكتاب، أو إبلاغ الرسالة في حكم السماع. متى فهم منها أن المقصود هو إنشاء الزواج.

ب- ما يشترط في المرأة: لا زواج في الإسلام إلاّ بين رجل وامرأة، ويشترط في المرأة باعتبارها طرفاً في عقد الزواج شرطان هما:

• **أن تكون أنوثة المرأة محققة وكاملة**: فلا ينعقد الزواج على الرجل أو الخنثى المشكل، وهو الذي لا يستبين أمره، أهو رجل أم امرأة، ويقع باطلاً كل زواج بخنثى.

والرأى عندي -خلافاً لما في كتب الفقه- أن هذه الشرط ليس خاصاً بالمرأة، فكما ينبغى أن تكون المرأة محققة الأنوثة، فيجب أيضاً أن يكون الرجل محقق الرجولة، فإذا كان خنثى مشكلاً لاتعرف أنوثته ولا رجولته فزواجه باطل.

• **أن لا تكون محرمة على الرجل تحريماً قاطعاً لا شبهة فيه**: والمحرمات نوعان: محرمات إلى الأبد، ومحرمات إلى أمد، والزواج، مع قيام التحريم باطل، يستوي في ذلك الحرمة المؤبدة كمن يتزوج بمحارمه بنتاً أو أماً أو أختاً، والحرمة المؤقتة مثل الزواج من المرأة المتزوجة، أوالمعتدة، أوالمشركة، والرأي عندي أيضاً أن هذا الشرط ليس خاصاً بالمرأة، فكما لا يحل للرجل أن يتزوّج مع قيام المانع، لا يحل للمرأة أن تتزوّج برجل محرم عليها سواء كان حرمة مؤبدة مثل أخيها وأبيها أو حرمة مؤقتة مثل زوج أختها أو زوج عمتها.

والأدق أن نطلق على هذه الشروط، الشروط المتعلقة بشخصية العاقدين.

جـ- ما يشترط في صيغة العقد: صيغة العقد هي الإيجاب والقبول، وحتى يقع كلاهما صحيحاً ينعقد به الزواج فقد اشترط الفقهاء في الصيغة شروطاً تتفصلها فيما يلي:

• **اتحاد مجلس العقد**: ويقصد به أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد، والعبرة، بمجلس العقد لا بمجلس العاقدين، لجواز التعاقد بين الغائبين، والشرط أن يتم القبول في ذات المجلس الذي تم فيه

الإيجاب، واتحاد الزمان هو جوهر الشرط، ولذلك اشترط الجمهور الفورية في القبول في ذات المجلس الذي تم فيه الإيجاب، حتى لاينفصل بين الإيجاب والقبول زمن بطول، فإذا اختلف المجلس بإعراض أطرافه، بعد الإيجاب وقبل القبول، يسقط الإيجاب ولايلتقي بالقبول، لعدم اتحاد المجلس، والعرف هو المعول عليه فيما يعتبر إعراضاً ينتفي به اتحاد المجلس.

والأصل في انعقاد العقد أن يصدر القبول فور الإيجاب، ولصعوبة ذلك وضع الفقهاء نظرية مجلس العقد، فاكتفوا باتحاد المجلس بين الإيجاب والقبول مهما طالت فترة المجلس ما دام قائماً لم ينقطع، وبناء على ذلك قرر فقهاء الأحناف قاعدة هي أن المجلس يجمع المتفرقات، أي أن ما يوجد في آخر المجلس يعتبر كالذي يوجد في أوله من حيث وحدة الزمن.

وفي حالة التعاقد بين غائبين، فإن مجلس العقد هو مجلس قراءة الكتاب أو سماع رسالة الرسول مع حضور شاهدين.

- **تطابق الإيجاب والقبول:**

وينبغي أن يكون التطابق في موضوع العقد، وفي مقدار المهر إن سماه الموجب، فلو قال لها زوّجيني نفسك، فقالت زوّجتك من أختي، لاينعقد العقد، وذلك لاختلاف القابل والموجب في محل العقد ولو قال لها تزوّجتك بألف فقالت قبلت بألف وخمسمائة لاينعقد لاختلاف القبول عن الإيجاب في قيمة المهر المسمّى. وذلك على الرغم من أن المهر، ليس ركناً في العقد، ولكنه متى ذكر في الإيجاب أصبح جزءاً منه ولزم تطابق القبول معه.

• **التنجيز في الصيغة:**

ويقصد بها أن يكون إنشاء الزواج في الحال، فلا يجوز في المذاهب الأربعة أن يضاف الزواج إلى زمن مستقبل، أو أن يرتبط وجوده بحصول أمر في المستقبل، لأن عقد الزواج من عقود المعاوضات، والقاعدة في هذه العقود أنها لا تقبل التعليق ولاالإضافة.

فلو قال رجل لامرأة سأتزوّجك في الربيع القادم لا ينعقد العقد، لإضافته إلى زمن مستقبل، ولو قال لها سأتزوّجك إذا حصلت على ليسانس الحقوق لا ينعقد الزواج، لأنه علّق على أمر مستقبل هو الحصول على ليسانس الحقوق، فالمستقبل يحتمل فيه الوجود والعدم، والزواج شرع ليفيد حكمه في الحال، فكل تأخير لوجوده في الزمان يناقض -كما قال بعض المعاصرين- حقيقته الشرعية.

٢- شروط الصحة:

وهي شروط يعلّق الشارع على توافرها صلاحية العقد لترتب آثاره الشرعية، وشروط الصحة هي:

أ- **الإشهاد على الزواج:** أوجبت الشريعة الإسلامية الشهادة في عقد الزواج، بهدف إعلان الزواج وإثباته في وقت واحد، وهذا هو رأي جمهور الفقهاء، ومنهم الأئمة الأربعة.

فلا يصح زواج بغير حضور شاهدين لقول الرسول ﷺ : "لانكاح إلاّ بشهود"، فإذا انعقد بدونهما، كان العقد فاسداً عند الفقهاء الأحناف، باطلاً عند الجمهور، ووجب التفريق بين الزوجين، أي أن عدم صحة العقد

لعدم توافر شرط الشهادة، يستوى من حيث الأثر المترتب عليه وهو البطلان مع عدم توافر أحد الأركان.

والخلاف لا صلة له بلزوم الشهادة، وبأثرها على التعاقد باعتبارها شرط صحة، فهى لازمة عند المذاهب الأربعة واختلفوا في وقتها، فالجمهور يرى أن الشهادة تلازم العقد، والفصل فى تحققها هو وقت إنشاء العقد، فإن جرى العقد بدونها بطل العقد أوفسد، حتى لو تحققت بعد ذلك.

ويرى المالكية أن لزوم الشهادة يأتي عند الدخول، ولا يلزم تحققها عند إبرام العقد.

والذي عليه الجمهور أرجح دليلاً، وهو مذهب القضاء المصرى.

وتنص الشريعة الإسلامية على أن يحضر الزواج شاهدان من الرجال، أو رجل وامرأتان، ويشترط في الشهود العقل، والبلوغ، والإسلام، فى الزواج بين المسلمين، وتصح شهادة غير المسلم إذا كانت الزوجة كتابية وكان الشهود يدينون بدين سماوي، وهذا هو قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وعليه يجرى العمل قضاء، وهو ما اختاره مشروع قانون الأحوال الشخصية للمسلمين والذي أقره مجمع البحوث الإسلامية، فقد نصت الفقرة (ب) من المادة الثامنة "ويشترط إسلام الشاهدين إذا كان الزوجان مسلمين، ويكتفي بشهادة كتابيين في زواج المسلم بكتابيه.

والحقيقة أن اشتراط الشهادة في عقد الزواج دون غيره من العقود، يعد واحداً من أدلة كثيرة على مدى اهتمام الشارع بالزواج باعتباره عقداً ونظاماً وسنة إجتماعية.

ويرى البعض -عن حق- أن الإشهاد على الزواج من ناحية شكلية العقد أقوى في الأثر من الشرط الخاص بتوثيقه في محرر رسمي، لأن

عدم تحرير عقد الزواج في وثيقة رسمية، لا يترتّب عليه أي بطلان للعقد، ولا يطعن في إنشائه وصحته، ولا شك أن اشتراط الشهادة على هذا العقد في الشريعة الإسلامية، لا يرمي فقط إلى ضمان جدية العقد وإثباته، بل يهدف أيضاً إلى تنزيه العلاقة الزوجية عن كل ما يشوبها أو يريبها.

وحضور الشاهدين شخصياً هو جوهر الشهادة، فلا تجوز بالمراسلة أو الكتابة، كما لا تجوز فيها الإنابة، ولا تصح بالهاتف أو بأية وسيلة اتصالية غير الاتصال الشخصي المباشر.

ب- **تأبيد العقد:** ويقصد به أن لا يتحدد العقد بزمن أو مدة حتى لو فارقها بعد الدخول مباشرة أو قبله، وكل تأقيت يبطل العقد، كأن يقول تزوّجتك لمدة سنة، لمدة عشرين سنة، فيبطل العقد بتحديد المدة، ولا اعتبار في ذلك لقصر أوطول، لأن التأقيت ينافي ديمومة الزواج، وما يرتبط به من أسرة وأولاد، وما يستهدفه من ألفة ومودّة واستقرار.

وشرط التأبيد يحرم زواج المتعة أو الزواج المنقطع عند جمهور الفقهاء، ويكاد ينفرد الشيعة الإمامية بإباحته، وساقوا عدداً من الأدلة ردّ عليها الجمهور، وأثبتوا التحريم بالقرآن، والسنّة، والإجماع، والمعقول، والذي يقرأ هذه الأدلة يتبين له رجحان مذهب القائلين بحرمة نكاح المتعة[1].

---

[1] راجع في تأييد الرأي المخالف وعرض وجهة النظر الأخرى.

أ- توفيق الفكيكي : المتعة وأثرها في الإصلاح الاجتماعي دار الأضواء بيروت ط ٢ سنة ١٩٨٦.

ب- د شهلا حائري : المتعة ، بيروت سنة ١٩٩٥ ط ٣ وهو دراسة في علم اجتماع الفقه. وهي لا تؤيد المتعة ولكن كتابها عرض اجتماعي وفقهي للمتعة في المجتمع الإيراني.

جـ- الولي: وهو له سلطة شرعية في تزويج غيره، وهي نوعان: ولاية إجبارية تثبت للأب والجد وغيرهما على الصغار والمجانين، وولاية اختيارية تثبت للولي على البالغة العاقلة، فلا ينعقد الزواج بإرادتها وحدها.

وسلطة الولي في تزويج الصغيرة أو المجنونة شرط لصحة العقد بالاتفاق، أما إذا كانت كبيرة عاقلة فقد ذهب الشافعية والمالكية والحنابلة إلى اشتراط الولي لصحة العقد، فإن تولته المرأة بإرادتها المنفردة أوتولاه وكيلها لا يصح العقد، استناداً إلى قوله ﷺ : "لانكاح إلاّ بولي".

ويرى الأحناف والجعفرية -وهو مذهب القضاء المصرى- عدم اشتراط الولي، فالبالغة أحق بنفسها، فإذا باشرت زواجها بنفسها أوبوكيلها صح العقد.

وحقيقة الأمر أن الزواج حق للمرأة وللرجل، وقد أسند القرآن في عدد من آياته الزواج إلى المرأة مثال ذلك قوله تعالى : ﴿فإن طلّقها فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره﴾، فهذه الآية وغيرها من آيات الكتاب العزيز صريحة في أن زواج المرأة يصدر عنها، وهو ما نصت عليه السنّة في قوله ﷺ: "الثيّب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر، وإذنها سكوتها". والحق أن المرأة كاملة الأهلية في التصرفات، الزواج هو عقد عمرها كله، فلا يكون بغير رضاها، وحقها في مباشرته ثابت بلا جدال.

٣- شروط النفاذ:

وهي الشروط التي إذا توافرت ترتب عليها أثر العقد بالفعل، وهما شرطان:

أ- **كمال أهلية العاقدين:** وتكتمل الأهلية بالعقل والبلوغ والحرية، وهي شروط متى توافرت في المسلم اكتملت له أهلية الأداء، ولو باشر زواجه بنفسه أو بواسطة وكيله كان العقد صحيحاً ونافذاً.فإذا كان العاقد فاقد الأهلية كالصبى غير المميز والمجنون، كان العقد باطلاً لاترد عليه إجازة أو تصحيح، وإذا كان العاقد ناقص الأهلية كالصبي المميز يأخذ زواجه حكم العقد الموقوف، فلا تترتّب عليه آثار الزوجية إلاّ إذا أجازه من بيده الإجازة كالولي، فإن أجازه نفذ وإلاّ لم ينفذ.

ب- **الصفة الشرعية فى العاقدين:** لا بدّ لمن يتولّى العقد أن يكون ذا صفة في إجرائه، فيستطيع كامل الأهلية أن يتعاقد أصيلاً عن نفسه، أو نائباً عن غيره في ولاية أو وكالة، فإذا تولّى الفضولي عقد الزواج فهو أجنبي لا صفة له، وعقده موقوف على إجازة صاحب الشأن، فإن أجازه نفذ، وإن ردّه اعتبر كأن لم يكن.

ويشترط في المجيز كمال الأهلية، والصفة الشرعية.

٤- شروط اللزوم:

معنى اللزوم ألاّ يكون لأحد العاقدين أو لغيرهما حق فسخه بعد انعقاده، فالعقد اللازم هو عقد لا خيار فيه لأحد.

أ- يكون العقد غير لازم إذا باشره نيابة عن ناقص الأهلية غير الأب والجد، ففي هذه الحالة يثبت للصغير متى بلغ، والمجنون إذا

أفاق، يثبت لهما خيار فسخ العقد، إذا رأيا المصلحة في ذلك. وإذا تولاّه الأب أو الجد فالأصل فيهما مزيد من الحدب على الأبناء صغاراً كانوا أو مجانين، فرعاية مصلحة الأبناء من جانبهما مفترضة، فإذا عرف عن الجد والأب سوء الخلق أو سوء التصرُّف بما يضر بحقوق الأبناء ثبت خيار الفسخ لمن باشر الأب أو الجد عقد الزواج نيابة عنه.

ب- يكون العقد غير لازم إذا كان الزوج غير كفء، ويثبت خيار الفسخ للأولياء إذا باشرت المرأة تزويج نفسها وهي كاملة الأهليّة، كما يثبت خيار الفسخ للمرأة إذا أجبرها الولي المعروف بسوء الاختيار على الزواج من غير كفء.

والكفاءة في الاصطلاح الفقهي هي مساواة الرجل للمرأة في أمور مخصوصة بحيث لا تضار الزوجة، ولا يعير أولياؤها بالزوج المختار.

وجمهور الفقهاء على أن الكفاءة تعتبر شرطاً في الزواج، وأنها حق للزوجة إذا عقد عليها الولي لغير كفء، وحق للأولياء إذا عقدت هي لنفسها على غير كفء، والعبرة بالكفاءة هي حال الزوج وقت إنشاء الزواج لا قبله ولا بعده، ويرى الجعفرية أن الكفاءة حق للزوجة فقط، فإذا رضيت هي بغير الكفء لزم العقد.

ولا تشترط الكفاءة في الزوج فقط، وإن كان ذلك هو الأصل، فقد تشترط في الزوجة إذا كان الزوج فاقد الأهلية أو ناقصها وزوجه الولي غير الجد والأب أو زوجه أب أو جد عرفا بسوء الاختيار.

وعناصر الكفاءة كثيرة، فقد تكون العلم أو الدين أو الجاه أو الوضع الأسري، وأغلب عناصر الكفاءة نسبية يقصد بها أن يكون كل من الزوجين مناسباً للآخر، فشرط الكفاءة يقصد به في الواقع عدم الغبن في "شخص" الزوجة أو الزوج، والمذهب الحنفي يوجب أن تتوافر

الكفاءة بين الزوجين فى لانسب، والإسلام، والحرية، والمال، والتديُّن، والحرفة، أو العمل.

والحقيقة أن عناصر تقدير الكفاءة لا تقع تحت حصر، ولاخلاف في اعتبار الدين أهم عناصر الكفاءة وأبلغ صورها تعبيراً عن قصد الشارع من اشتراطها، ولكن هناك عناصر أخرى يبرز أهميتها الواقع المعاصر. منها:

- فارق السن : اعتدت بعض التشريعات العربية المعاصرة بفارق السن باعتباره من صور الكفاءة، وهو اتجاه محمود يحقق مقاصد الزواج، فمن الإضرار بالمرأة الشابة أن تكون في عصمة رجل لايلبى دواعى شبابها جنسياً ونفسياً، وإلى ذلك اتجه متأخروا الشافعية. يقول "الروياني" الشافعي : "كل عيب منفر مثل الشيخوخة والعمى والقطع وتشوُّه الصورة تمنع الكفاءة عندي". وهذا يعني الاعتداد بالكفاءة الجنسية.
- الخلو من العيوب: والخلو من العيوب أو شرط السلامة معتبر عند الإمام مالك والشافعي، وقد جاء في حاشية قليوبي على المنهاج "لايجوز أن يزوج ابنه الصغير بعجوز عمياء، ومقطوعة الطرف وهرمة".

والرأى عندى أو ولي الأمر يمنك التدخُّل التشريعي لمنع الزواج في حالة الفارق الكبير في السن بين الزوجين، وله تقييد حق الراغبين في الزواج بضرورة الفحص الطبي لخلوهما من الأمراض المستعصية ذات الأثر الوراثي، وقد نص القانون الأردني في المادة السادسة منه بأنه: "لا يجوز للقاضي أو نائبه عقد نكاح فيه تفاوت في السن يتجاوز

العشرين عاماً قبل أن يتأكد من رضاء الأصغر سناً، وأنه قابل لذلك دون إجبار أو إكراه، وأن مصلحته متحققة في ذلك"[1].

ويري التشريع السوري للأحكام الشخصية أن العبرة في الكفاءة لعرف البلد كما نصت المادة (٢٨) وأشارت المادة (٣٠) إلى سقوط الحق في الكفاءة إذا حملت المرأة.

جـ- عدم الغبن في المهر: المهر أثر من آثار العقد، وهو في كل الأحوال حق للزوجة لا يشاركها فيه الولي، ولكن صفته الإجتماعية تجعله محل تقدير الشارع، حتى لا تكون العاطفة أو الطيش، سبيلاً إلى اندفاع الزوجة في علاقة زوجية، لا تحرص فيها على حقوقها المالية، فإذا زوّجت البالغة الرشيدة نفسها، ولو من كفء، فلا يجوز أن يقل المهر المسمّى في العقد عن مهر المثل، وإلا ثبت خيار الفسخ للولي العاصب، ويسقط حق الولي في الفسخ إذا قبل الزوج زيادة المهر إلى مهر المثل، وهذا على رأي الإمام أبى حنيفة وهو مذهب القضاء المصري.

والزواج غير اللازم تثبت به كلّ آثار الزوجية من إباحة الدخول ووجوب المهر وثبوت النسب والميراث، وحرمة المصاهرة، وحقوق كل من الزوجين، إلاّ أنه يظل عقداً غير مستقر حتى يسقط حق الفسخ، أو يفسخ العقد بمطالبة من له الحق فيه.

ثالثاً : شروط يوجبها ولي الأمر:

ولي الأمر يستطيع إصدار القواعد الملزمة التي تصلح بها حال الأمة، وينتظم بمقتضاها أمر المجتمع، من أجل حراسة الدين، وحماية

---

[1] وسوف نزيد الأمر تفصيلاً في المبحث الخاص بالكفاءة في الزواج.

الدنيا، وتغطي السياسة الشرعية المساحة التي يتحرك عليها ولي الأمر، ... القيام على الشيء بما يصلحه بالقواعد والنظم الشرعية، ويتضمن هذا التعريف ثلاثة أمور، أحدها أن يكون الحاكم صالحاً للقيام على الشيء بما يصلحه، وثانيها أن يكون المحكوم قابلاً للإصلاح، وثالثها أن تكون النظم والقواعد كفيلة بالإصلاح. وقد تدخل المشرع المصري منذ الربع الأول من هذا القرن بإصدار مجموعة من القواعد يراها هامة لإصلاح حال الزواج. وفي مجال الشروط الخاصة بهذا العقد –عقد الزواج– تدخل ولي الأمر بإضافة شرطين هما: تحديد سن الزواج، وتوثيق عقد الزواج.

١- تحديد سن الزواج:

وهو شرط إضافي في عقد الزواج، اشترطه ولي الأمر، وجاء به القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٢٣ ونص في المادة الأولى منه: ولا تسمع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة، وسن الزوج تقل عن ثمان عشرة سنة وقت العقد إلا بأمر منا. ونص المادة الثانية "ولا يجوز مباشرة عقد الزواج، والمصادقة على زواج مسند إلى ما قبل العمل بهذا القانون ما لم تكن سن الزوجة ست عشر سنة، وسن الزوج ثمان عشرة سنة وقت العقد".

فالمشرع قد جعل بلوغ هذه السن شرطاً لسماع دعوى الزوجية، وشرطاً لتوثيق عقد الزواج أمام الموظف المختص، إلا أنه فرق بين الرجل والمرأة بدعوى أن بنية الأنثى تستحكم وتقوى قبل استحكام بنية الصبي، فكان من المناسب أن يناط سن زواج الأنثى ببلوغ ست عشرة سنة، والصبي ببلوغ ثمان عشرة سنة.

والدعائم الفقهية لهذا التشريع ثلاث سردتها المذكرة الإيضاحية:
الأولى: قول بعض بعض الفقهاء بعدم صحة تولي الولي عقد زواج الصغير أو الصغيرة جبراً عليهما قبل البلوغ أيا كان الولي، وقول بعضهم أن سن البلوغ ثمان عشرة سنه، والثانية: اقتضاء المصلحة تحديد عقد الزواج بسن الرشد المالي (ثماني عشرة سنة) ومنعه قبل ذلك، واقتضاؤها أيضاً تحديد سن الأنثى بما دون سن الرشد (ست عشرة سنة). والثالثة: أن لولي الأمر حق في تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحادثة وله أن يأمر بسماع الدعوى فيما منع سماعها فيه.

وقد واجه هذا التشريع إبان صدوره عاصفة من النقد الفقهي جادلت في دعائمه، وحاولت نقض أدلته بدعوى مخالفته للشريعة، ويبدو أن الفقه الإسلامي الحديث بعد ذلك هدأت ثورته، واستوعب مقاصد التشريع وأدرك أهميتها وجديتها، فاستمر تشريع تحديد سن الزواج قائماً، وأصبح نصاً في غالبية تشريعات الأحوال الشخصية للدول العربية.

وحقيقة الأمر أن النص لا يصادم قواعد قطعية في الشريعة، ولم يحرم الحلال كما قال البعض من نقاد القانون، فالمادة الأولى من القانون صدرت بعبارة "لا تسمع دعوى الزوجية"، ولم يقل القانون إن الزواج قبل هذه السن باطل فهو تصرف فيما أذن الشرع فيه لولي الأمر.

وقد واجهت صياغة المادة من هذا القانون صعوبات عملية عند التطبيق بعضها أحس به المشرع وعدله، وبعضها لا يزال جدلاً في التفسير، وخلافاً في أحكام القضاء، فما عدله المشرع هو اعتبار معيار بلوغ السن أو عدم بلوغه هو وقت سماع الدعوى لا وقت إنشاء العقد،

وهو ما نصت عليه المادة ٩٩ من لائحة الإجراءات الشرعية الصادرة عام ١٩٣١، وفصلته المذكرة الإيضاحية بقولها: "كانت دعوى الزوجية لا تسمع إذا كانت سن الزوجين وقت العقد أقل من ستة عشرة سنة للزوجة، وثمان عشرة سنة للزوج، سواء أكان سنهما كذلك وقت الدعوى أم جاوزت الحد، فرئى تيسيراً على الناس، واحتراماً لآثار الزوجية، وصيانة للحقوق، أن يقصر المنع من السماع على حالة واحدة، وهي ما إذا كانت سنهما، أو سن أحدهما، وقت الدعوى أقل من السن المحددة.

أما الخلاف في التفسير، فهو ما يراه البعض، من أن هذا النص يقتصر تطبيقه على حالة سماع دعوى لزوجية، ولا يطبق عندما يكون النزاع في حق من حقوق الزوجية كالمطالبة بالنفقة والمهر، وقد أخذت بعض أحكام القضاء بهذا التفسير.

ورأت وزارة الحقانية -العدل حالياً- في المنشور رقم ٢٩ الصادر في ١٩ أكتوبر ١٩٣١ أن الغرض من تحديد سن الزواج لا يتحقق إلاّ بالمنع من سماع الدعوى مطلقاً، سواء أكان النزاع في ذات الزوجية، أو فيما يترتب عليها من آثار.

وللأسف فإن التدخل التشريعي لم يمنع زواج الصغار بل تحايل الناس في الريف والمدينة على التهرب منه بسبل شتى، وقد تدخل المشرع المصري مرة أخرى بفرض عقوبة جنائية حيث جاء في المادة الثانية من القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٣٣ ما يلي: "يعاقب بالحبس مدة لاتتجاوز سنتين، أو بغرامة لا تزيد عن مائة جنيه، كل من أبدى أمام السلطة المختصة، بقصد إثبات بلوغ أحد الزوجين السن المحددة قانوناً، لضبط عقد الزواج، أقوالاً يعلم أنها غير صحيحة، أو حرر أو قدم لها

أوراقاً كتلك، متى ضبط عقد الزواج على أساس هذه الأوراق أو الأقوال.

ويعاقب بالحبس أو بغرامة لا تزيد على مائتي جنيه كل شخص خوله القانون سلطة ضبط عقد الزواج، وهو يعلم أن أحد طرفيه لم يبلغ السن المحددة في القانون.

ورغم هذا الأمر التشريعي، وهذه العقوبة الجنائية فلا يزال الناس يحتالون للتهرب من شرط السن، تأكيداً لما قاله الشاعر:

إن القوانين تسن كي تخرق.

وقانون العائلة العثماني المطبق في لبنان يمنع من تزويج الصغار ونظم ذلك في المواد من ٤-٧، أما المذهب الجعفري الذي تطبقه محاكم الإمامية فهو يرفض التقيد بسن معين للصغير أو الصغيرة.

٢- توثيق عقد الزواج:

كتابة العقد بقصد الإثبات ليست جديدة في الفقه الإسلامي، ففي خزائن المحاكم الشرعية توثيقات لعقود زواج يرجع بعضها للقرن الرابع الهجري[1].

فالتوثيق في حد ذاته مباح، ولكن الفقهاء قديماً لم يجعلوه من شروط الزواج، ولم يرتبوا على انتفائه أي جزاء.

ويقصد بالتوثيق صياغة عقد الزواج في محرر مكتوب، أمام موظف مختص.

---

[1] راجع في ذلك أوراق البردي العربية ففيها مجموعة من وثائق الزواج إذا قرئت اجتماعيا كانت تعبر عن حالة الفقه آنذاك. وتاريخا صادقاً للمجتمع في حينه.

وإيجاب التوثيق واشتراطه في عقد الزواج، اجتهاد فقهي معاصر، اقتضاه فساد الزمان وكثرة الدعاوي الباطلة، بادعاء الزواج أو إنكاره على السواء، وتلاعب الناس بهذا العقد الخطير لهدف مادي أو كيدي، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للائحة الإجراءات الشرعية، أنه أصبح من المألوف أن تدعي امرأة صعلوكة الزواج من رجل مليء محترم طمعاً في ثروته وجاهه، ولا تعدم أن تؤيد دعواها بعديد من الشهود، كما أصبح من المألوف أن يدعي رجل من حثالة المجتمع، الزواج بامرأة على جانب كبير من الثراء، أة على قدر من الجمال، ولا يعدم الاعتماد على الشهود الزور، والبينات الملفقة.

وتخلصاً من هذا كله، اشترط المشرع في مصر لسماع دعوى الزوجية، منذ شهر أغسطس ١٩٣١ –ثبوت الزوجية بوثيقة رسمية صادرة من موظف مختص، سواء أكانت الدعوى في حياة الزوجين أوبعد وفاة أحدهما، أو بعد وفاتهما.

وعدم سماع الدعوى لعدم توثيق الزواج قاصر على حالة الإنكار، فإذا لم يكن ثمة إنكار من الخصوم، تسمع الدعوى ويفصل فيها، ولو لم تكن الزوجية ثابتة بمحرر رسمي.

وتوثيق العقد –كما أكد البعض بحق– أو تحريره في محرر مكتوب ليس ركناً من أركان عقد الزواج، لا شرطاً لصحته أونفاذه، وإنما هو وسيلة رسمية وضعها المشرع لإثبات العقد عند النزاع أوالإنكار أمام القضاء. فلا يجوز الخلط بين توثيق العقد وبين الإشهاد عليه، فالتوثيق دليل إثبات أمام القضاء فقط أما الشهادة أو حضور شاهدين في عقد الزواج فهو شرط لازم لصحة عقد الزواج، بدونه يجب التفريق بين الزوجين.

فالعقد العرفي، وهو العقد غير الموثق، صحيح شرعاً وقانوناً، ودعوى الزوجية على أساسه تسمع عند الإقرار، ولا تسمع عند الإنكار.

والزواج العرفي ليس هو الزواج في السر، فقد يكون الزواج العرفي معلناً أمام الجميع، وقصد أطرافه بعدم التوثيق الاحتفاظ بمكاسب مادية، مثل الحصول على معاش أب توفى، أو زوج سابق مات، ويثير الزواج العرفي في مصر كثيراً من المشاكل خاصة للمرأة التي تقامر بمستقبلها الأسري عندما توافق على هذا الزواج، وإنكار الزواج، يترتب عليه تعذر الطلاق، وتسعى اللجنة المشكلة حالياً في وزارة العدل لتعديل لائحة الإجراءات الشرعية، تسعى إلى حل كثير من مشاكل الزواج العرفي.

خلاصة القول فى توثيق الزواج أنه وسيلة إثبات عقد الزواج الوحيدة أمام القضاء عند الإنكار، وليس على تخلفه من جزاء إلاَّ عدم سماع الدعوى، فلا يمتد الجزاء إلى العقد ذاته من حيث شرعيته وانعقاده وصحته ونفاذه.

ويلاحظ أن عدم سماع الدعوى المقررة بسبب عدم بلوغ السن يختلف عنه بسبب عدم توثيق الزواج في محرر رسمي.

فعدم السمّاع بسبب السن مطلق، سواء كان هناك إنكار من جانب المدعى عليه بالزوجية أو كان مقراً بها. أما عدم سماع الدعوى لعدم توثيق عقد الزواج في محرر رسمي، فقاصر على حالة الإنكار.

ثالثاً: شروط يمليها العاقدان:

وهي شروط تقترن بالعقد، وتتأثر به، وقد تؤثر فيه، على خلاف بين المذاهب، وهي شروط لا يوجبها الشرع ولا يفرضها القانون، بل يمليها العاقدان أو أحدهما، وفقاً لما يراه أنه المصلحة، وقد اختلف الفقهاء في

حكم الشروط المقترنة بالعقد، ويكفي أن نعرض لرأي الأحناف والحنابلة، الأول لأنه مذهب القضاء المصري، والثاني لأنه اختيار مشروع قانون الأحوال الشخصية الذى أقره مجمع البحوث الإسلامية، وقد أخذت به كثير من التشريعات العربية.

١- الشروط المقترنة بالعقد عند الأحناف:

الشروط الصحيحة التى يجوز اقترانها بالعقد عند الأحناف أربعة هي:

أ- شروط يقتضيها العقد: وهي لا تضيف شيئاً إليه، وإنما تؤكد على أثر من آثاره، كأن تشترط الزوجة على زوجها الإنفاق أوالمعاملة الحسنة، أو يشترط الزوج على زوجته الطاعة، أو ألاّ تخرج من البيت إلاّ بإذنه. فهى شروط تؤكد على أمور مطلوبة بحكم العقد.

ب- شروط لتأمين مقتضى العقد: وهي الشروط التي يستوثق بها صاحبها للحصول على أثر من آثار العقد، ومثاله أن تطلب الزوجة كفيلاً يضمن حقها في المهر، أو أن يكون والد الزوج ضامناً للنفقة، فالنفقة والمهر من آثار عقد الزواج ويترتبان عليه بأمر الشارع، والمقصود من الشرط التوثق من الحصول على مقتضى العقد.

جـ- شروط أجازها الشرع: فهى ليست من مقتضيات العقد، ولكن الشارع أجازها ومثالها اشتراط الزوجة أن يكون الطلاق في يدها.

د- الشروط التى جرى بها العرف: الأصل فى التشريع اعتبار العرف الصحيح، فإذا جرى العرف بتعجيل نصف المهر واشترطته

للزوجة كان لها ذلك، ومثاله أيضاً أن يقوم الزوج بنفقات العرس، أو بشراء جزء من الأثاث، إذا قضى العرف بذلك.

فكل شرط لا يندرج تحت هذه الأنواع الأربعة لا يصح اقترانه بالعقد، وحكمه الفساد أو البطلان، ومثاله أن يشترط الرجل على المرأة ألاّ يدفع لها مهراً، أو ألاّ يتزوج عليها، أو يتزوجها بشرط أن تنفق، فكل هذه صور من الشروط الملغاة.

وأثر الشروط الصحيحة عند الأحناف أنه واجب الوفاء بها، ولكن لاأثر لها في العقد عند تخلفه، لأن فوات الشرط يعني عدم الرضا بالتعاقد، وفوات الرضا لا أثر له على عقد الزواج عند الأحناف، فيصح عندهم عقد المكره حتى في الزواج.

أما الشرط الباطل فلا يجب الوفاء به، وإذا ما اقترن بعقد الزواج فمذهب الأحناف يبقى عقد الزواج صحيحاً تترتب عليه أحكامه وآثاره ويلغو الشرط.

٢- الشروط المقترنة بالعقد عند الحنابلة:

الشروط الصحيحة عند الحنابلة لا بد أن يتوافر فيها أمور ثلاثة:

أ- عدم وجود نهي من الشارع.

ب- أن يحقق الشرط منفعة مشروعة.

جـ- ألاّ يكون الشرط مخالفاً لمقتضى العقد.

وما عدا ذلك شروط غير صحيحة عند الحنابلة، والشروط على مذهب الحنابلة أوسع وأرحب، فهم أجازوا الشروط التي سكت عنها الشارع طالما لا تعارض مقتضى العقد، فيصح على مذهبهم اشتراط الزوجة على زوجها ألاّ يتزوج عليها، أو أ لا ينقلها من منزل أسرتها، أوأن تشاركه في عمله، وهي شروط باطلة عند الأحناف.

ولا يختلف الحنابلة عن الأحناف في وجوب الوفاء بالعقد الصحيح، فهذا محل اتفاق، ولكن الحنابلة يثبتون حق الفسخ لصاحب الشرط عند عدم الوفاء به، لأنه لم يرض بالعقد إلاّ باعتبار الشرط، فإذا انتفى الشرط فات الرضا، وهو أمر لا بد منه في حالتي الابتداء والبقاء عند الحنابلة.

ورأي الحنابلة أقرب إلى روح التشريع، حتى لا يستوي في الأثر الشرط الصحيح، وغير الصحيح، فصحة الشرط لا بد أن تؤثر على العقد، عند الإخلال به، وهذا ما اختارته التشريعات العربية، فقد نصت المادة السادسة من تشريع الأحوال الشخصية العراقي في فقرتها الرابعة على أنه "للزوجة طلب فسخ العقد عند عدم إيفاء الزوج بما اشترط ضمن عقد الزواج".

والمذهب الجعفري يقسم الشرط إلى صحيح وباطل، فالباطل هو المنافي لمقتضى العقد وطبيعته الكلية، كاشتراط المرأة ألا يمسها الزوج فكأنها أجنبية عنه، فالعقد المقترن بهذا الشرط باطل، أو ما يكون مخالفاً للشرع، كشرط ألا يتزوج عليها وفي هذه الحالة يبطل الشرط ويصح العقد.

وما عدا ذلك فهو شرط صحيح عندهم، ويبدو أن المذهب الجعفري يقترب من المذهب الحنبلي في التوسعة على المتعاقدين في مجال النظرية العامة للشروط.

الفصل الثالث

موانع الزواج

الموانع قاسم مشترك بين جميع النظم القانونية، تتسع وتضيق حسب تصورها لنظام الزواج ودوره في المجتمع، منها ما يتصل بالشخص اتصال دوام لا يزول فيكون التحريم على الدوام، ومنها ما يتصل بروابط قد تزول فيكون التحريم مؤقتاً إلى أمد.

ونظام المحرمات في الشريعة الإسلامية، يحمي مجموعة من المصالح منها الديني، والاجتماعي والأخلاقي والعقابي.

فتحريم الزواج بالمشركة أو التى لا تدين بدين سماوي، هو جزء من حراسة الدين في المجتمع الإسلامي.

وتحريم الأمهات ومن في حكمهن، سياج يحمي منظومة القيم في المجتمع الإسلامي من التفكك والانهيار.

وتحريم زوجة الغير ومعتدته، هو صيانة للحقوق الاجتماعية حتى لايختفي الاستقرار، وحتى لا تغيب أهمية النسب والعرض وهما أساس البقاء والاستمرار.

وتحريم المطلقة ثلاثاً هو: أداة زجر تحمي الأسرة من الانشقاق، والآثار السلبية التى تجلبها الفرقة والطلاق.

والمانع وصف يقوم بأحد طرفى عقد الزواج أو كليهما يجعل إنشاء رابطة الزوجية بينهما منافياً للطبيعة، أو لأغراض الزواج أوللتصور القانوني له.

فلا صلة للمانع بأهلية الوجوب أو أهلية الأداء، لأنه مجرد وصف يقوم بطرف العقد يمنعه من التصرف ابتداء ويبطل تصرفه انتهاء.

والفقه الإسلامي يدرس الموانع في باب قابلية المحل لحكم العقد – والمرأة هي محل العقد عندهم– مع أن المانع يقوم بالطرفين معاً الرجل والمرأة. وهو ما لاحظه ابن عابدين بقوله : "فإن ما يحرم على الرجل يحرم على الأنثى إلا ما يختص بأحد الطرفين بدليله... فيؤخذ في جانب المرأة نظير ما يؤخذ في جانب الرجل لا عينه".

والرأي عندي أن المرأة ليست محل عقد الزواج بل طرف من أطرافه، والحياة المشتركة ومشروعية العلاقة بين الزوجين، هي المحل الأصلي لعقد الزواج وهي محلية كما لاحظ ابن القيم يحصل فيها لكل من الزوجين ما يصلح للآخر من الاستمتاع والمصاحبة.

والموانع أسباب حاظرة متى وجدت، تمنع من التصرف ابتداء، وتؤدي إلى بطلانه انتهاء.

فليست كل امرأة صالحة بعينها للزواج، وإن كانت صالحة بصفتها لكل زواج، وعلى أساس فكرة الموانع وما تثبته من التحريم قضت الشريعة الإسلامية بنوعين من الموانع هما المحرمات إلى الأبد، والمحرمات إلى أمد.

ونعالج موانع الزواج في مبحثين .

المبحث الأول: المحرمات إلى الأبد.

المبحث الثاني: المحرمات إلى أمد.

المبحث الأول

المحرمات إلى الأبد (الموانع الدائمة)

أسباب الحرمة المؤبدة ثلاثة (القرابة ، والمصاهرة ، والرضاع).

أولاً: المحرمات من القرابة:

القرابة اتصال في عمود النسب، يثبت حقيقة بواقعة الولادة، ويثبت شرعاً بالعقد الصحيح، وصوره كثيرة منها الأبوة، والبنوة، والأخوة. وسبب التحريم وصف قائم بالشخص، جعل الأمر الوارد بالزواج في قوله تعالى: **﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء﴾** ليس على عمومه، لآيات أخرى خصصت العام وحرمت بعض النساء على بعض الرجال.

وليس يخفي أن المرأة ذات القرابة القريبة،-أماً أو بنتاً أو أختاً - هي جزء من الرجل أو كالجزء ، وهو جزء منها أو كالجزء ، وإنه لمن الشناعة بمكان أن يباح للمرء الزواج من جزئه، والطبع السليم ينفر ويعافه، ويعتبره حيوانية محضة، ولعله يكون سبباً إلى قطع الرحم ، وضرب وشائج القربى في الصميم ، والزواج أساسه الألفة والمودة والسكن، فيعارض مقاصده كل ما يفضي إلى التنازع والخصومة . لذلك جعل الشارع القرابة إلى درجة معينة من موانع الزواج. وقد دل على التحريم بالنسب قوله تعالى: **﴿ حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم ، وبنات الأخ وبنات الأخت﴾**.

وقد نصت على ذلك تشريعات الأحوال الشخصية بقولها مع خلاف يسير في الألفاظ ، يحرم على الشخص بسبب النسب:

أ- أصله وإن علا.

ب- فرعه وإن نزل.

جـ- فروع أبويه وإن بعدوا.

د- الطبقة الأولى من فروع أجداده وجداته.

وعبرت التشريعات بالشخص - بدلاً من المرأة-ليشملٍ سبب التحريم كلاهما ، فتحقق المانع يوجب حرمة النساء على الرجال ، ويوجب حرمة الرجال على المرأة.

فالمحرمات بسبب القرابة أو بالرحم المحرم أو القرابة القريبة أصناف أربعة:

أ- أصول الرجل من النساء: لأنه يدخل في قوله تعالى: ﴿حرمت عليكم أمهاتكم﴾ أمهات الأمهات والجدات من قبل الآباء والأمهات، سواء كن يرثن أو لا يرثن ، وتلخيص ذلك-كما يقول ابن رشد الجد - أن كل من لها عليك ولادة فهي عليك حرام لأنها دخلت في قوله: ﴿حرمت عليكم أمهاتكم﴾. لأن حرمة النساء لا تثبت إلا بالنص ، وما وراءهن على الحل.

ب- فروع الرجل من النساء: ويدخل في قوله تعالى: ﴿وبناتكم﴾ البنات ، وبنات البنات وبنات البنين وإن نزلوا، فكل من لك عليها ولادة فهي عليك حرام ، لأنها داخلة تحت قول الله عز وجل ﴿وبناتكم﴾ أي حرمت عليكم بناتكم.

جـ- فروع أبوية من النساء : ويدخل في قوله تعالى : {وأخواتكم} جميع الأخوات للأب والأم ، وللأب دون الأم ، وللأم دون الأب ، ويلحق بهن فروع الأبوين ، لقوله تعالى : ﴿وبنات الأخ وبنات الأخت﴾ ويدخل في قوله تعالى : ﴿وبنات الأخ﴾ بنات بنات الأخ وبنات الأخ وبنيه وإن نزل، الضابط الفقهي في ذلك يقون كل من لأخيك عليه ولادة

فهي عليك حرام، سواء كان الأخ للأب والأم ، أو للأب دون الأم ، أوللأم دون الأب ويدخل في قوله تعالى : {بنات الأخت} بنات بناتها، وبنات بنيها وإن نزلن، والضابط الفقهي، كل من لأختك عليها ولادة فهي عليك حرام، سواء كانت الأخت للأب والأم ، أو للأب دون الأم ، أو للأم دون الأب.

د- الطبقة الأولى من فروع الأجداد: ويدخل في قوله تعالى: ﴿وعماتكم وخالاتكم﴾ العمات والخالات للأب والأم ، وللأب دون الأم، وللأم دون الأب ، وعمات الآباء وخالاتهم ، وعمات الأمهات وخالاتهن. وتلخيص ذلك في ضابط فقهي هو ، أن كل من ولده جدك أو جدتك وإن علوا ، من قبل الآباء كان أو من قبل الأمهات فهي عليك حرام. ولا يدخل في ذلك شيئ من بناتهن، فبنات العمات والخالات ، وكذلك بنات الأخوال والأعمام ، كل أولئك حلال زواجهن.

ثانياً – المحرمات من الرضاع:

الرضاعة لحمة كلحمة النسب ، لأنها قوت وغذاء يدخل في تركيب جسم الصغير ، ويندمج في كيانه ، ويؤثر في غرائزه، حتى ليكاد يكون الرضيع بمرضعيه أشبه منه بذويه. وقد صان الإسلام حرمة هذه الوشيجة، ونص على أنه " يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب-كما جاء في حديث الشيخين. ولم يرد في النص القرآني سوى تحريم نوعين اثنين هما الأم من الرضاع ، والأخت من الرضاع في قوله تعالى : ﴿وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة﴾.

ووصل الفقهاء بالاجتهاد منذ عصر الصحابة ومعهم الأئمة الأربعة إلى تحريم الأمهات والأخوات والقريبات من الرضاعة ، وتحريم

الأصهار من الرضاعة ، وقالوا كل من تحرم بسبب المصاهرة تحرم من الرضاع.

وقد عارض في ذلك بعض الآباضية ، والظاهرية ، ورأوا الاقتصار في التحريم على مورد النص ، ولم يشر القرآن ولا السنة النبوية إلى تحريم الرضاع إلا من جهة النسب ، وهو ما ذهب إليه ابن القيم وعدد من فقهاء الزيدية.

ورأى الفقهاء الأربعة وما عليه القضاء المصري الذي يحكم بأرجح الأقوال في المذهب الحنفي أن المحرمات بسبب الرضاع ثمانية أصناف:

أ- الأم من الرضاعة لقوله تعالى : ﴿ وأمهاتكم اللاتىأرضعنكم﴾.

ب- البنت من الرضاعة ، وبنات الأولاد وإن نزلن لقوله ﷺ " يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب " .

جـ- فروع الأبوين : وهن الأخوات من الرضاعة ، وبنات الأخوان والأخوات وإن نزلن.

د- الطبقة الأولى من فروع الآباء والأجداد : وهن العمات والخالات من الرضاعة - وعمات وخالات الأبوين ، وعمات وخالات الأجداد والجدات.

هـ- أصول زوجته رضاعاً، أى أمها وجداتها من قبل أبيها وأمها، إن علون سواء أكان قد دخل بزوجته أم لم يدخل بها.

و- فروع زوجته التي كان قد دخل بها ، أي بناتها وبنات ابنها ، وبناتهن وإن نزلن.

ز- زوجة فرعه رضاعاً: أي زوجة الابن وابن الابن وابن البنت وإن نزل ، وسواء قد دخل بها أو لم يدخل.

ح- زوجة أصله رضاعاً: أي من كانت زوجة أبيه من الرضاع أوجده وإن علا ، وسواء قد دخل بها أم لم يدخل.

الرضاع المثبت للحرمة:

الرضاع المثبت للحرمة في الزواج الإسلامي له مفهوم معين، وله كم معين يتعلق بعدده ، وله مدة معينة تتعلق بسن الصغير ، وله وسائل يثبت بها.

أ- مفهوم الرضاع :

الرضاع المحرم شرعاً هو مص الطفل اللبن من ثدى امرأة ، ويلحق بالمص عند الأحناف إيصال اللبن إلى جوف الطفل عن طريق الفم والأنف بأي وسيلة كانت، وما وصل بغير هذا الطريق لا تثبت به الحرمة عند الأحناف .

ولا يتحقق الرضاع المحرم-عند الجعفرية - إلا عن طريق امتصاص الطفل ثدى المرضع ، فإذا در اللبن بغير امتصاص وأخذه الطفل في فمه لا تثبت به الحرمة.

ولبن المرأة أياً كانت يثبت الحرمة ، بكراً كانت أو ثيباً ، متزوجة أو غير متزوجة ، ويرى الجعفرية أن لبن المرأة إذا در عن غير سبب ، أو كان عن زنى ، ولبن المرأة إثر موتها كل ذلك لا تثبت به الحرمة ، بل لا بد أن يكون اللبن عندهم عن زواج صحيح أو فاسد أو وطء بشبهة.

ب- عدد الرضعات:

ذهب الأحناف والمالكية إلى أن قليل الرضاعة وكثيره سواء في إثبات الحرمة ، لأن لفظ الرضاع جاء في كل الأدلة المعتبرة مطلقاً فلا يقيد بكثرة وقلة.

أما الشافعية والحنابلة -في الراجح من مذهبهم -فيرون أن القدر المثبت للتحريم هي خمس رضعات مشبعات، في خمسة أوقات منفصلة عرفاً.

ويرى الجعفرية إلى أن القدر اللازم للتحريم هو ما أنبت اللحم وشد العظم، وهو عندهم إرضاع يوم وليلة ، أو خمسة عشرة رضعة.

وقد اختلفت التشريعات العربية في عدد الرضعات واختار التشريع السوري مذهب الشافعية والحنابلة في الراجح عندهم ونصت الفقرة الثانية من المادة ٣٥ يشترط في الرضاع للتحريم أن يبلغ خمس رضعات متفرقات يكتفي الرضيع في كل منها ، قل مقدارها أو كثر.

ولا شك أن العدول عن رأي الأحناف والمالكية أجدر بالترجيح لما فيه من تيسير على الناس، ورفع الحرج عن المجتمع . وقد اختارت رأي الشافعية والحنابلة أغلب التشريعات المعاصرة.

جـ- مدة الإرضاع :

ذهب جمهور الفقهاء ومعهم الجعفرية من مذاهب الشيعة أن مدة الإرضاع سنتان من تاريخ ميلاد الطفل . والعبرة هنا بواقعة الميلاد، لابواقعة التسجيل في مكاتب الصحة لاستخراج شهادة ميلاد للطفل ، فإذا تم الإرضاع بعد مرور العامين ، فلا يعتبر الإرضاع مثبتاً للتحريم، وليس لذلك صلة بتحريم فعل الإرضاع ذاته.

د- ما ثبت به الرضاع:

هناك طريقان لإثبات الرضاع المحرم، حتى يحدث أثره في التحريم، فيمتنع الزواج ابتداء ، أو ينقضي الزواج انتهاء. وهما:

١- الإقرار : وقد يصدر من المرأة والرجل ، أو من أحدهما ، ويتضمن اعترافاً بوجود الرضاع المحرم بينهما . وهذا الإقرار يكون قبل الزواج ، وقد يكون بعده .

فإذا اعترف الرجل والمرأة بأنهما أخوان من الرضاع قبل إجراء العقد ، حرم عليهما إتمامه ، وحرم على المأذون توثيقه متى علم ، وأصبحت دعوى حسبة[1]على كل مسلم بمنع قيام هذا الزواج.

أما إذا كان الإعتراف بعد الزواج ، يجب عليهما الافتراق حالاً بحكم الشرع، وعلى القاضي أن يفرق بينهما جبراً ، وعلى المسلمين واجب إقامة دعوى حسبة للتفريق بين هذين الزوجين.

فإذا جاء الإقرار من جانب الزوج وحده ولم تصدقه المرأة وجب أن يتفرقا ، فإذا كانت الفرقة قبل الدخول فللزوجة نصف المهر المسمى ، وإذا كانت بعد الدخول فلها المهر المسمى جميعه ولها السكنى والنفقة في العدة، لأن الإقرار حجة قاصرة ، لا يتعدى صاحبة إلى غيره إلا إذا صدقه، فللمرأة حقوق الزوجة بعد التفريق، لأن حقها لا يبطل بإقرار الرجل وحده .

وإذا كان الإقرار من الزوجة ، وكذبها الزوج، وكان الزواج قد تم فعلاً، ولم يصدقها الزوج، فلا تأثير لإقرارها على الزواج فهو قائم

---

[1] يراجع في ذلك كتابنا " أصول الحسبة في الإسلام " القاهرة سنة ١٩٨٦ .

وصحيح ، لأن المرأة متهمة في هذا الإقرار، باحتمال أن يكون إقرارها سبيلاً إلى مفارقة الزوج.

٢- البينة أو شهادة الشهود : ويثبت الرضاع بشهادة الشهود ، إذا أداها رجلان أو رجل وامرأتان ويكفي عند الشافعية أن تؤدى الشهادة أربعة نسوة منفردات. فإذا شهد بواقعة الإرضاع أقل من نصاب الشهادة، لا يصح الحكم بالتفريق. وذلك لما روي عن أن عمر بن الخطاب-رضى الله عنه-أتي بامرأة شهدت على رجل وامرأته أنها أرضعتهما، فقال : لا حتى يشهد رجلان ، أو رجل وامرأتان ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة.

ثالثاً – المحرمات من المصاهرة :

المصاهرة أشبه شيئ بالقرابة ، وكانت بطبيعتها تقتضي المداخلة والظهور على ما ينبغى ستره ، وكثيراً ما تفضي إلى الخلوة فتقيم المرأة مع ابنتها المتزوجة ، وتقيم الابنة مع أمها المتزوجة من غير أبيها ، فكانت حكمة بالغة من التشريع الإسلامي ، وغيره على المرأة وصوناً لها ، أن يقرن هذا التيسير في التلاقي ، بأبلغ صور التحريم وهو الحرمة المؤبدة ، فهي تصبح بالمصاهرة وكأنها أم أوبنت تستحق من الاحترام والكرامة ، والحدب والصيانة ، ما تستحقه الأم الحقيقة ، والبنت الصلبية . فالمصاهرة لحمة كلحمة النسب كما جاء في الحديث الشريف.

ودليل التحريم ورد في قوله تعالى في آية التحريم من سورة النساء ﴿وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتي فى حجوركم من نسائكم الاتي دخلتم بهن، فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم، وحلائل أبنائكم الذين

الكويتي "يحرم على الشخص فرعه من الزنى وإن نزل ولا يحرم سواه بسبب الزنى" وهو ما اتجه إليه مشروع قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

حكم اللعان: اللعان شهادات أربع مؤكدات بالأيمان، يؤديها الزوجان أمام القاضي، إذا ما قذف الزوج زوجته بالزنى، أو نفي نسب ولدها، مقرونة من جانب الزوج باللعنة، ومن جانب الزوجة بالغضب. ولا خلاف على التفريق باللعان، ولكن اللعان تثبت به حرمة مؤبدة عند جمهور الفقهاء، فيرى مالك والشافعي وأحمد، وأبو يوسف من الحنفية، أن المتلاعنين لا يجتمعان أبداً، وتثبت بينهما حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع، وحكم اللعان عند أبي حنيفة وأحمد أنه طلاق بائن، له أن يتزوجها بعده في حالتين:

أ- أن يكذب الزوج نفسه بعد الملاعنة.
ب- أن يكون منه أو من الزوجة ما يسقط أهلية الشهادة.

المبحث الثاني

المحرمات إلى أمد (الموانع المؤقتة)

المانع المؤقت وصف يقوم بالرجل أو المرأة ويكون قابلاً للزوال، فيبقى التحريم ما بقي الوصف، وينعدم بزواله.

أولاً: زوجة الغير ومعتدته:

ويجمعهما معاً اسم المحصنات كما جاء في قوله تعالى: ﴿والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم﴾ معطوفاً على قوله: ﴿حرمت عليكم أمهاتكم﴾ فالحرمة ثابتة بالنص القرآني، والمرأة المحصنة هي المتزوجة، سواء كان للزوج مسلماً أو غير مسلم.

فيحرم الزواج بزوجة الغير، وبمعتدة الغير سواء كانت عدة من طلاق أو تفريق أو وفاة، ويستوى في ذلك العقد الصحيح، والعقد الفاسد، والدخول بشبهة، منعاً للعدوان على حقوق الغير، وحفظاً للأنساب من الاختلاط. ولهذا أجاز الفقهاء للرجل أن يتزوج من معتدته في طلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى.

أ- حكم الزواج بالمحصنة:

فإذا تزوج الرجل من زوجة غيره، فالزواج باطل أو فاسد، باطل عند الجمهور، وفاسد عند الأحناف. والعلاقة غير شرعية، أما إذا تزوج بمعتدة غيره، فالزواج غير صحيح، وقد ذهب الأحناف والشافعية إلى وجوب التفريق بينهما، على أن تحل له بعقد جديد بعد انتهاء العدة.

الكويتي "يحرم على الشخص فرعه من الزنى وإن نزل ولا يحرم سواه بسبب الزنى" وهو ما اتجه إليه مشروع قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

حكم اللعان: اللعان شهادات أربع مؤكدات بالأيمان، يؤديها الزوجان أمام القاضي، إذا ما قذف الزوج زوجته بالزنى، أو نفي نسب ولدها، مقرونة من جانب الزوج باللعنة، ومن جانب الزوجة بالغضب. ولا خلاف على التفريق باللعان، ولكن اللعان تثبت به حرمة مؤبدة عند جمهور الفقهاء، فيرى مالك والشافعي وأحمد، وأبو يوسف من الحنفية، أن المتلاعنين لا يجتمعان أبداً، وتثبت بينهما حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع، وحكم اللعان عند أبي حنيفة وأحمد أنه طلاق بائن، له أن يتزوجها بعده في حالتين:

أ- أن يكذب الزوج نفسه بعد الملاعنة.

ب- أن يكون منه أو من الزوجة ما يسقط أهلية الشهادة.

المبحث الثاني

المحرمات إلى أمد (الموانع المؤقتة)

المانع المؤقت وصف يقوم بالرجل أو المرأة ويكون قابلاً للزوال، فيبقى التحريم ما بقي الوصف، وينعدم بزواله.

أولاً: زوجة الغير ومعتدته:

ويجمعهما معاً اسم المحصنات كما جاء في قوله تعالى: ﴿والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم﴾ معطوفاً على قوله: ﴿حرمت عليكم أمهاتكم﴾ فالحرمة ثابتة بالنص القرآني، والمرأة المحصنة هي المتزوجة، سواء كان الزوج مسلماً أو غير مسلم.

فيحرم الزواج بزوجة الغير، وبمعتدة الغير، سواء كانت عدة من طلاق أو تفريق أو وفاة، ويستوى في ذلك العقد الصحيح، والعقد الفاسد، والدخول بشبهة، منعاً للعدوان على حقوق الغير، وحفظاً للأنساب من الاختلاط. ولهذا أجاز الفقهاء للرجل أن يتزوج من معتدته في طلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى.

أ- حكم الزواج بالمحصنة:

فإذا تزوج الرجل من زوجة غيره، فالزواج باطل أو فاسد، باطل عند الجمهور، وفاسد عند الأحناف. والعلاقة غير شرعية، أما إذا تزوج بمعتدة غيره، فالزواج غير صحيح، وقد ذهب الأحناف والشافعية إلى وجوب التفريق بينهما، على أن تحل له بعقد جديد بعد انتهاء العدة.

ويرى عمر بن الخطاب أن الحرمة هنا مؤبدة، وأن من تزوج امرأة في عدتها يفرق بينهما ولا يتزوجها أبداً، وهو رأي مالك والأوزاعي، والجعفرية. والرأي عندي أن المرأة المتزوجة -حقيقة أو حكماً- هي مشغولة بزوجية قائمة، فلا يصح عقد على عقد في الزواج الإسلامي، فلا بد من انتهاء الأول ليبدأ الثاني.

ب- زواج الزانية:

أما المرأة الزانية، فإذا عقد عليها الزاني صح العقد وجاز الدخول بها في الحال، سواء حاملاً كانت أو غير حامل -بشرط أن تكون علاقتها به وحده- ويصح الزواج أيضاً إذا تزوجها غير الزاني، حيث لا سبب للتحريم، فلا هي زوجة، ولا معتدة، فإذا كانت غير حامل جاز الدخول بها في الحال ولا عدة عليها، وإذا كانت حاملاً لا يدخل عليها حتى تضع حملها حفظاً للأنساب من الضياع. وهذا رأي أبي حنيفة ومحمد والشافعية.

أما المالكية فيرون أن الزانية إذا تزوجها الزاني، فلا يجوز ذلك قبل استبراء الرحم، حتى لا يختلط الماء الحلال بالحرام، أما إذا كان العاقد غير الزاني فلا يجوز له العقد عليها -عند المالكية والحنابلة- إلا بعد أن تعتد.

ثانياً : الجمع بين محرمين:

والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف﴾ ويدخل فيه الجمع بين ذوات المحارم كلهن، من ذلك الجمع بين المرأة وعمتها، وبين المرأة وخالتها، التي ورد النهي عن النبي ﷺ في الجمع بينهما بياناً لما في القرآن الكريم بقوله ﷺ: ﴿لا تنكح المرأة على

عمتها، ولا على خالتها، ولا علـى ابنـة أخيهـا، ولا علـى ابنـة أختهـا، فإنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم﴾ ولا فرق في هذا التحريم بين أن يكون الرحم من جانب النسب أو من جانب الرضاعة.

والضابط في ذلك عند الفقهاء: يحرم الجمع بين كل امرأتين بينهما نسب أو رضاع لو فرضت إحداهما ذكراً لم تحل للأخرى، ويحرم الجمع بين المحرمين حال قيام الزوجية حقيقة أو حكماً فيحرم في حالة الطلاق الرجعي باتفاق الفقهاء، لأن قيد الزواج لا يرتفع إلا بعد انقضاء العدة. ويذهب الأحناف إلى ذات الحكم في المطلقة طلاقاً بائناً بينونة كبرى أو صغرى، ما دامت في العدة لأنها زوجته حكماً، وذهب المالكية، والشافعية، والجعفرية والظاهرية، إلى أن تحريم الجمع بين محرمين إنما يكون حال قيام الزوجية حقيقة، وفي عدة الطلاق الرجعي، أما في الطلاق البائن سواء كانت بينونة كبرى أو صغرى، فقد انقطعت الزوجية، ولا حرمة في أن يتزوج أخت مطلقته في عدتها، ولا يعد ذلك جميعاً بين المحارم.

وتميل التشريعات إلى رأي الأحناف، لأنه الأقرب إلى مقصد التشريع، ففي التشريع الكويتي لا يتزوج الرجل أخت مطلقته ومن في حكمها حتى تنقطع علائق الزواج بينه وبين الأولى انقطاعاً كلياً.

ثالثاً: المطلقة ثلاثاً:

المطلقة ثلاثاً، تبين عن مطلقها بينونة كبرى، وتحرم عليه حرمة مؤقتة حتى تتزوج غيره زواجاً صحيحاً، ويدخل بها دخولاً حقيقياً، فإن فارقها بعد ذلك بموت أو طلاق، جاز للزوج الأول أن يعود إليها بعد انقضاء العدة زوجاً جديداً، يملك به كل حقوق الزوج الجديد. وقد قال

تعالى في المطلقة ثلاثاً: {فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى
زوجاً غيره}.

وهذه عقوبة رادعة للذين يستهينون بأمر الأسرة، ويثرثرون بلفظ الطلاق هزلاً وجداً. وهي عقوبة قاسية، لأن الرجل الأبي النفس، يجد مرارة لا تنتهي عندما تصبح امرأته المحبوبة فراشاً لرجل آخر. وقد نصت على ذلك كثير من التشريعات العربية، لا يجوز أن يتزوج الرجل امرأة طلقها ثلاث مرات إلا بعد انقضاء عدتها من زوج آخر دخل بها فعلاً. والنصوص الفقهية والتشريعية صريحة في ضرورة الدخول، حتى تحل المطلقة ثلاثاً لزوجها الأول، ولا يكفي مجرد العقد، لأنه لا يوفر حقيقة الردع المطلوب، ويبطل زواج المحلل، لأنه يجعل من الزواج الثاني تجارة ممنوعة، أو تحايلاً غير مشروع. ورأى الأحناف في عقد المحلل أن النكاح صحيح ويبطل الشرط عند أبي حنيفة، ويرى أبو يوسف أن نكاح المحلل فاسد لأنه فيه معنى التأقيت، لا تحل به المرأة، ويرى محمد أن نكاح التحليل يصح، ولكنه لا يحلها لزوجها الأول، لأنه استعجل ما أخره الشرع.

رابعاً: المشركة:

وهي التي لا تدين بدين سماوي، أو المرتدة عن دين الإسلام ولو إلى دين سماوي، لأن الإسلام لا يعترف لها بالوضع الجديد، والإسلام بهذا التحريم، يتوخى غايات الأسرة، وما تتطلبه من حد أدنى في الوفاق، يستحيل أن يكون بين متناقضين، فالتحريم هنا ليس أساسه اختلاف الدين، بل فقدان مقومات الحياة الأسرية السوية، وهنا ينبغي أن تعالج عدة أمور.

أ- الزواج من الكتابية:

جمهور الفقهاء يحل للمسلم الزواج من الكتابية -يهودية أونصرانية- ودليلهم قوله تعالى: ﴿اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم، وطعامكم حل لهم، والمحصنات من المؤمنات، والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم﴾.

ويرى الجعفرية، أنه لا يجوز نكاح الكتابية إلا إذا كان نكاح متعة، ولا منطق لهم في ذلك، لأن زواج المتعة مشروع عندهم، فالتفرقة بين زواج وزواج كلاهما مشروع جديرة بالنقد والتحفظ.

ويرى بعض المعاصرين من الفقهاء ألا يتزوج المسلم إلا مسلمة، ومن أدلته أن الكتابيات محظور عليهن في دينهن أن يتزوجن مسلماً، والتي تخون ربها ودينها، أفلا تخون أهلها وزوجها.

الرأي عندي أن النص بمشروعية الزواج من الكتابيات لا سبيل إلى تأويله، ولكن الحكم فيها على الإباحة، ولولي أمر المسلمين أن يمنع الزواج من الكتابيات، إذا اقتضت المصلحة المنع، وتعرض أبناء الإسلام للخطر. وقد كتب عمر بن الخطاب، إلى حذيفة بن اليمان، يطلب منه طلاق زوجته الكتابية، فكتب إلى عمر قائلاً: أحرام هذا الزواج أم حلال؟ فكتب إليه عمر ﷺ "هذا الزواج حلال، ولكن في نساء الأعاجم خلابة، وخداعاً، وإني لأخشى عليكم منه".

ب- زواج الكتابي من مسلمة:

التحريم هنا قاطع، فلا يجوز أن تتزوج المسلمة كتابياً، ولا أن تتزوج مشركاً لا يدين بدين سماوي، وإذا فقد الزوج شرط الإسلام بعد الزواج

انفسخ العقد، وإذا عقد رجل غير مسلم على امرأة مسلمة يقع العقد باطلاً، ولا يثبت به نسب أو توارث.

وقد يتساءل البعض أليس في ذلك إخلالاً بقواعد دستورية تكفل المساواة بين المسلمين في الدولة الإسلامية؟ والسؤال له وجاهته، والرأي عندي أن الإسلام لم يتجاوز حقوق غير المسلمين، ولم يخل بحقوق المساواة بين جميع المواطنين، ولكنه وضع قاعدة عامة تنطبق على المسلم وغير المسلم، والجميع أمام حكمها سواء، ومضمون القاعدة هي [لا يجوز لمواطن في الدولة الإسلامية أن يتزوج ممن هي مشركة في نظر دينه].

فالمسلم لا يجوز له أن يتزوج من مشركة أو مرتدة لأنها مشركة في نظر دينه.

ويجوز للمسلم أن يتزوج من كتابية لأنه يعترف بدينها وكتابها، فلا هي مطالبة بتغييره، ولن تكون مكرهة على شيء يمس عقيدتها، ولها كل حقوق الزوجية المسلمة، والمسيحي أو اليهودي لا يجوز له الزواج بمسلمة لأنها مشركة في نظر دينه، وهو لا يعترف برسولها ولابكتابها، القاعدة إذن عامة، والجميع أمامها سواء، مسلمين وغير مسلمين، فهي تطبيق عملي لسماحة الإسلام، والقول بغير ذلك إجحاف أو انحراف.

خامساً : المرأة الخامسة:

أباح الإسلام التعدد، ووضع له ضوابط وشروطاً، حتى يصبح خيراً للمجتمع، وضماناً لمصلحة الأسرة، وسياجاً يحمي الأخلاق، فالإسلام أباح التعدد، ولكنه قيده بأربع زوجات، لا يستطيع المسلم وهن في عصمته حقيقة أو حكماً أن يتزوج بخامسة، ولم يترك الإسلام أمر التعدد للراغب فيه بل قيده بقيدين وردا في القرآن الكريم.

أحدهما : العدالة بين الزوجات ، قال تعالى:﴿ فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة ﴾ فالاقتصار على الواحدة مأمور به إذا خاف ألا يعدل.

ثانيهما : القدرة على الإنفاق ، وهذا الشرط فهم من تذييل الآية بقوله تعالى: ﴿ ذلك أدنى ألا تعدلوا﴾ والرأى عندي أن القدرة على الإنفاق شرط في الزواج مطلقاً، سواء كان الزواج الأول أو الثاني أو غيرهما .

وقد اتجهت التشريعات العربية إلى تقييد إباحة التعدد، ولها منطق معقول ، لولا أنها أسرفت في بعض التشريعات العربية كالتشريع التونسي فألغت التعدد مخالفة نص الشارع ، فهو منع يصادم النص، كما أنها أسرفت في صياغة التقييد على أساس من المطالبة بحقوق المرأة من مفهوم غربى غريب عن الإسلام الصحيح.

إن منع التعدد في التشريعات الأجنبية ، لم يوصد الباب أمام تعدد الخليلات ، وهو إسفاف خلقي ، وخلل اجتماعى ، وخيانة موجعة للزوجة ، إذا قابلتها بالمثل عم الفساد في البر والبحر . والرأي عندي أن التعدد ضرورة ، وأنها تقدر بقدرها ، وإسناد دور التحقق من شروطه للقاضي مقبول شرعاً ، يزكيه فساد الزمان ، وحاجة الرجل والمرأة كلاهما إلى التشريع الضابط ، حتى لا ينفلت المجتمع من الضوابط ، وأغرب ما في التعدد أن يعتبر من ذنوب الرجل ، وأن المطالبة بإلغائه جزء من حقوق المرأة والرجل يعدد فيتزوج امرأة أخرى ، هي التي تقبل التعدد ، وهي التي تصنعه، بقبول أو إغواء ، فالرجل والمرأة أمام مسؤولية التعدد سواء بسواء. في عقد الزواج الذي لا تقوم أركانه إلا على كامل الرضاء.

انفسخ العقد، وإذا عقد رجل غير مسلم على امرأة مسلمة يقع العقد باطلاً، ولا يثبت به نسب أو توارث.

وقد يتساءل البعض أليس في تلك إخلالاً بقواعد دستورية تكفل المساواة بين المواطنين في الدولة الإسلامية؟ والسؤال له وجاهته، والرأي عندي أن الإسلام لم يتجاوز حقوق غير المسلمين، ولم يخل بحقوق المساواة بين جميع المواطنين، ولكنه وضع قاعدة عامة تنطبق على المسلم وغير المسلم، والجميع أمام حكمها سواء، ومضمون القاعدة هي [لا يجوز للمواطن في الدولة الإسلامية أن يتزوج ممن هي مشركة في نظر دينه].

فالمسلم لا يجوز له أن يتزوج من مشركة أو مرتدة لأنها مشركة في نظر دينه.

ويجوز للمسلم أن يتزوج من الكتابية لأنه يعترف بدينها وكتابها فلا هي مطالبة بتغييره، ولن تكون مكرهة على شيء يمس عقيدتها، ولها كل حقوق الزوجية المسلمة، والمسيحي أو اليهودي لا يجوز له الزواج بمسلمة لأنها مشركة في نظر دينه، وهو لا يعترف برسولها ولا بكتابها، القاعدة إذن عامة والجميع أمامها سواء مسلمين وغير مسلمين، فهي تطبيق عملي لسماحة الإسلام، والقول بغير ذلك إجحاف أو انحراف.

خامساً : المرأة الخامسة:

أباح الإسلام التعدد ووضع له ضوابط وشروطاً حتى يصبح خيراً للمجتمع، وضماناً لمصلحة الأسرة، وسياجاً يحمي الأخلاق، فالإسلام أباح التعدد، ولكنه قيده بأربع زوجات، لا يستطيع المسلم وهن في عصمته حقيقة أو حكماً أن يتزوج بخامسة، ولم يترك الإسلام أمر التعدد للراغب فيه بل قيده بقيدين وردا في القرآن الكريم.

أحدهما : العدالة بين الزوجات ، قال تعالى:﴿ فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة ﴾ فالاقتصار على الواحدة مأمور به إذا خاف ألا يعدل.

ثانيهما : القدرة على الإنفاق ، وهذا الشرط فهم من تذييل الآية بقوله تعالى: ﴿ ذلك أدنى ألا تعدلوا﴾ والرأى عندي أن القدرة على الإنفاق شرط في الزواج مطلقاً، سواء كان الزواج الأول أو الثاني أو غيرهما .

وقد اتجهت التشريعات العربية إلى تقييد إباحة التعدد، ولها منطق معقول ، لولا أنها أسرفت في بعض التشريعات العربية كالتشريع التونسي فألغت التعدد مخالفة نص الشارع ، فهو منع يصادم النص، كما أنها أسرفت في صياغة التقييد على أساس من المطالبة بحقوق المرأة من مفهوم غربي غريب عن الإسلام الصحيح.

إن منع التعدد في التشريعات الأجنبية ، لم يوصد الباب أمام تعدد الخليلات ، وهو إسفاف خلقي ، وخلل اجتماعي ، وخيانة موجعة للزوجة ، إذا قابلتها بالمثل عم الفساد في البر والبحر . والرأي عندي أن التعدد ضرورة ، وأنها تقدر بقدرها ، وإسناد دور التحقق من شروطه للقاضي مقبول شرعاً ، يزكيه فساد الزمان ، وحاجة الرجل والمرأة كلاهما إلى التشريع الضابط ، حتى لا ينفلت المجتمع من الضوابط ، وأغرب ما في التعدد أن يعتبر من ذنوب الرجل ، وأن المطالبة بإلغائه جزء من حقوق المرأة والرجل يعدد فيتزوج امرأة أخرى ، هي التي تقبل التعدد ، وهي التي تصنعه، بقبول أو إغواء ، فالرجل والمرأة أمام مسؤولية التعدد سواء بسواء. في عقد الزواج الذي لا تقوم أركانه إلا على كامل الرضاء.

المبحث الأول

الولاية في الزواج

الولاية سلطة شرعية تمكن الشخص من التصرف، في شئون نفسه وغيره، وصورها كثيرة، فقد تكون الولاية قاصرة، تنحصر في قيام الشخص بشئون نفسه، وقد تكون ولاية متعدية تمكن من التصرف في شئون الغير شاء أم أبى، والولاية المتعدية قد تكون عامة كالولاية التي للحاكم والقاضي، وولاية خاصة تتعلق بحفظ حقوق الصغار والمجانين ومن في حكمهم.

والولاية الخاصة نوعان، ولاية على المال أساسها تدبير الشئون المالية لناقص الأهلية.

وولاية على النفس أساسها الإشراف على شئون القاصر الشخصية، كالتزويج والتعليم والتربية وغير ذلك.

والولاية في الزواج جزء من الولاية على النفس، تثبت بسببين هما:

١- القرابة النسبية:

وهي ولاية بعض الأقارب على بعض، إما بقرابة قريبة كالأب والجد والإبن، أو بقرابة بعيدة، كابن الخال وابن العم، ويتم ترتيب الأولياء حسب درجة القرابة في عمود النسب.

٢- الإمامة:

وهي ولاية الحاكم ومساعديه من القضاء وغيرهم عندما يتعذر الولي بالقرابة والرسول ﷺ يقول "السلطان ولي من لا ولي له".

أولاً: الولاية القاصرة وعقد الزواج:

في الولاية القاصرة، يملك الشخص التصرف في أمور نفسه طالما أهلاً للتعاقد، وقد اتفق الفقهاء أن الرجل البالغ العاقل له أن يزوج نفسه، يختار امرأته بإرادته، ويبذل ما يشاء لها من مهر وهدايا، فهو يتعاقد بالأصالة عن نفسه، فالاختيار من جميع جوانبه عائد إليه، وزواجه من صنع يديه، بما له أو عليه. وعقده في هذه الحالة يقع صحيحاً نافذاً لازماً في حقه، لا يثبت له فيه خيار، ولا يتوقف على إجازة غيره.
واختلف الفقهاء في المرأة البالغة، هل لها حق تزويج نفسها كالرجل؟

١- يرى جمهور –الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة– أن المرأة البالغة العاقلة، ليس لها أن تتولى عقد الزواج، لا لنفسها ولا لغيرها، وكأنه يسقط أهلية المرأة في مباشرة الزواج مطلقاً، وطبيعي أن تحرم من تزويج غيرها، وقد منعت من تزويج نفسها.

وقد استدل الجمهور لرأيهم بالمنقول والمعقول:

أ- **دليلهم من المنقول:** استدل الجمهور بعدة أحاديث تمنع المرأة من مباشرة عقد الزواج منها:

- ما روى عن الرسول ﷺ أنه قال: "لا نكاح إلا بولي وأيما امرأة تزوجت دون إذن وليها فنكاحها باطل باطل. فإن لم يكن لها ولي، فالسلطان ولي من لا ولي لها"

- ومنها ما روي عن أبي هريرة ﷺ قال : " قال رسول الله ﷺ: لاتزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التى تزوج نفسها، واستدلوا لذلك أيضاً بما جاء في القرآن الكريم من إضافة العقد إلى الأولياء في مثل قوله تعالى: {وانكحوا الأيامى منكم}.

ب- دليلهم من المعقول: أن الزواج من العقود الهامة، وأن المرأة لاخبرة لها بالرجال، وأن عاطفتها المتأججة، وقد توقعها في زوج غير كفء، فلا ينبغي أن نترك لعواطفها وعدم خبرتها، خاصة وأن الزواج لا ينصرف إليها وحدها، بل يمتد إلى أسرتها، بما يجعل المصاهرة تأخذ حكم القرابة.

٢- ويرى أبو حنيفة وأبو يوسف في ظاهر الرواية، أن المرأة البالغة العاقلة لها أن تتولى عقد زواجها، وزواج غيرها، أي يمكن أن تكون أصيلة عن نفسها، وكيلة عن غيرها، فإن تولت عقد زواجها وليس لها ولي عاصب فالزواج نافذ لازم، وإن كان لها ولي عاصب، اشترط لصحة زواجها ولزومه أمران هما:

أ- كفاءة الزوج فليس للمرأة أن تتزوج من غير كفء، فإذا باشرت زواجها ثبت لوليها حق الاعتراض، ويسقط حقه بالسكوت، وبالولادة والحمل الظاهر رعاية لحق الولد. والمفتى به أن المرأة إذا تزوجت بغير كفء، وقع العقد فاسداً، فلو رضي الولي بعد العقد لا ينقلب العقد صحيحاً.

ب- ألا يقل مهر الزوجة عن مهر المثل. وإلا ثبت لوليها حق الاعتراض على الزواج.

واستدل الأحناف على رأيهم بالمنقول والمعقول:

أ- دليلهم من المنقول: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: " الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر في نفسها وإذنها صماتها" والأيم هي المرأة التي لا زوج لها بكراً كانت أو ثيباً، والحديث يثبت للمرأة الأيم تزويج نفسها وأنه مقدم على حق وليها.

ب- دليلهم من المعقول: أن المرأة تتصرف في حق خالص لها، ولا مانع يمنعها من هذا التصرف، فهى بالغة عاقلة، فإذا تزوجت بغير كفء أودون مهر المثل، فلا خوف لأن حق الاعتراض ثابت للولي.

ويرى محمد بن الحسن أن البالغة العاقلة إذا زوجت نفسها ولها ولي فإن زواجها يتوقف على إجازته، فلا بد عند محمد من تلاقي إرادة الزوجة والولي حتى يتم عقد الزواج.

والقضاء في مصر على ما ذهب إليه أبو حنيفة وأبو يوسف أن للبالغة العاقلة أن تباشر عقد زواجها ويكون عقداً صحيحاً نافذاً ما دام الزوج كفئاً، والمهر مثل المثل.

ثانياً : الولاية المتعدية وعقد الزواج:

وهي سلطة الشخص في إنشاء عقد الزواج لغيره، وتنقسم إلى قسمين:

١- ولاية إجبار:

وفيها ينفرد الولي بإنشاء عقد الزراج برضاه واختياره دون الرجوع إلى أحد، ويثبتها الأحناف على الصغيرة وإن كانت ثيباً -أى ليست بكراً- وفي حالات العته والجنون.

والصغير هنا مجبر على قبول تصرف الولي، ولا رأي له، ولايتوقف العقد على رضاه، ويسميها الفقهاء لذلك ولاية إجبار، أوولاية حتم وإيجاب.

وتثبت ولاية الإجبار عند الأحناف بالصغر وما في حكمه، وتثبت ولاية الإجبار عند الجمهور على البكر البالغة ولا تثبت على الثيب، أما المالكية فولاية الإجبار عندهم تثبت بالصغر مطلقاً وتثبت بالبكارة.

٢- ولاية اختيار:

وهي حق الولي في تزويج المرأة باختيارها ورضاها، فليس له أن يستبد بالعقد، وهي عند الأحناف مستحبة، فهم يطلقون عليها ولاية ندب واستحباب، ولكن الرأي عند الشافعية والمالكية أن المرأة البالغة -إذا كانت ثيباً- لا يزوجها الولي إلا بعد استئذانها والإذن هنا علامة إشتراط رضاها، أما إذا كانت البالغة العاقلة بكراً فلا يشترط إذنها صغيرة كانت أم كبيرة، وإن كان يستحب ذلك.

وقال الحنابلة لا يزوج الولي المرأة بغير إذنها . إذا كانت بالغة عاقلة -بكراً كانت أم ثيباً، ولا إذن للصغيرة لأن رضاها غير معتبر.

ثالثاً - شروط الأولياء :

حتى تثبت الولاية في حق الولي لابد من توافر شروط معينة نص عليها الفقه الإسلامي، وهي شروط اتفقوا على بعضها ، واختلفوا في البعض الآخر.

١- الشروط المتفق عليها:

اتفق الفقهاء على ضرورة توافر الشروط الآتية في الولي :

أ- كمال الأهلية :

وهي تكتمل عند الفقهاء بالبلوغ والعقل والحرية ، فلا ولاية للصغير لعدم البلوغ ، ولا ولاية للمجنون والمعتوه ومن في حكمها لقصور العقل ، أما شرط الحرية فلا مكان له في عصرنا بعد إلغاء الرق.

فمن لم يبلغ أو بلغ غير عاقل لا ولاية له على نفسه ، فلا ولاية له على غيره من باب أولى .

ب- اتحاد الدين :

اتحاد الدين بين الولي والمولي عليه في الولاية الخاصة ، فلو كان للفتاة أو الصغير شقيقان أحدهما مسلم والآخر غير مسلم، فالولاية على الفتاة لأخيها المسلم إذا كانت مسلمة ، ولأخيها المسيحي إذا كانت مسيحية . وللفقهاء تفصيل يحسن ذكره ، فالأحناف والحنابلة يمنعون تزويج الكافر للمسلمة ، وتزويج المسلم للكافر ، والشافعية يقولون يزوج الكافر الكافرة، سواء كان الزوج مسلماً أو كافراً، ويصحح المالكية تزويج المسلم للكتابية . أما المرتد فلا ولاية لأحد في تزويجه مسلماً كان أو كافراً لبطلان زواج المرتد.

ولا يشترط اتحاد الدين في الولاية العامة ، فللحاكم أو نائبه ولاية عامة على المسلمين وغير المسلمين من مواطني الدولة الإسلامية ، فهو ولي من لا ولي له فيهم . ولم تشترط بعض التشريعات العربية اتحاد الدين ومنها القانون السوري للأحوال الشخصية فقد نصت المادة ٢٢ منه " يشترط أن يكون الولي بالغاً عاقلاً " فأغفلت المادة اتحاد الدين. وهو اختيار يجعل من اتحاد الدين شرطاً اجتهادياً.

٢- الشروط المختلف فيها :

اختلف الفقهاء في المذاهب الإسلامية في بعض الشروط اثباتاً ونفياً منها .

أ- **الذكورة :** يرى الجمهور اشتراط الذكورة في الولـي ، فـلا تثبـت ولاية التزويج للأنثى ، لأن المرأة عندهم لا ولاية لها على نفسها ، فمن باب أولى لا ولاية لها على غيرها .

ويرى الأحناف أن الذكورة ليست شرطاً في ثبوت الولايـة ، فـالأنثى البالغة العاقلة تباشر عقد الزواج أصلية عن نفسها ، ونائبة عن غيرهـا ولاية ووكالة ، ومذهب الأحناف هو مذهب القضاء المصري.

العــدالة :

وتعنـي استقامة الديـن، وسـلامة الخلـق ، ومظهرهـا أداء الفرائـض، واجتناب الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر ، والراجح عند الشـافعية ومذهب الحنابلة أن لا ولاية لغير العدل استناداً لما روي عن ابن عباس رضي الله عنه " لانكـاح إلا بشـاهدي عـدل " وتكفـي العدالـة الظـاهرة، ويستثنى الحاكم عندهم ، فلا تشترط العدالة فيه، لأنه آخـر الأوليـاء فـي الترتيب فهو ولي من لا ولي له، وفي اشتراط العدالة فيه حرج شديد.

ويري الأحناف والمالكية أن العدالة ليست شرطاً في ثبوت الولايـة ، فللولى عدلاً كان أو فاسقاً تزويج ابنته أو ابنة أخيه أو من فـي ولايتـه ، وضعفوا حديث ابن عباس والراجح هو وأي الأحناف والمالكية .

رابعاً – أحكام تزويج الأولياء :

١-إذا كـان الولـي هـو الجـد أو الأب أو الابـن ، مـع الإتصـاف بحسـن الخلق وحسن التصرف ، فتزويجه صحيح نافذ لازم، حتى ولـو كـان بغير كفء أو بأقل من مهر المثل .

٢-إذا كان الولي أصلاً وهو الأب والجد ، أو فرعاً وهو الابن معروفا بسوء الاختيار ، فتزويجه بغير الكفء أو بغبن في المهر لا يصح اتفاقاً .

٣-إذا كان الولي غير الجد أو الأب أو الابن ، فتزويجه غير صحيح إذا كان بغير كفء أو بغبن فاحش في المهر ، أما إذ كان التزويج بكفء وبمهر المثل ، فلا يلزم الزواج في رأي أبي حنيفة ومحمد ، وللمولى عليه الخيار بعد البلوغ أو الإفاقة ، ورأي أبي يوسف أن العقد لازم فلا يثبت على قوله خيار ، والخيار المقصود نوعان :

أ- خيار البلوغ :

ويثبت للصغير والصغيرة إذا زوجهما غير الأب، ويسقط هذا الحق بالنسبة للرجل والمرأة الثيب، بكل ما يدل على الرضا ، ولا يبطل خيارهما بالسكوت المجرد عن أمارة الرضا، لأن سكوتهم لا يعتبر رضا بالعقد ابتداء فكذا بقاء .

أما البكر فإذا كانت تعلم بالزواج وسكتت بعد البلوغ فسكوتها رضا يسقط حقها في الخيار ، وإذا لم تعلم يظل الخيار قائماً، فإذا علمت وسكتت بطل حقها ، وإذا علمت ولم تعلم أن لها حق الفسخ، بطل حقها أيضاً فالجهل بالحكم ليس عذراً في الشريعة الإسلامية .

ب- خيار الإفاقة :

وهو الذي يثبت بعارض الجنون أو العته، فإذا زال العارض ، ثبت الخيار ، ويسقط بالنسبة للرجل والمرأة الثيب بما يدل على الرضا ، ويثبت بالنسبة للبكر بالسكوت مع العلم لأنه في حقها دلالة رضا وإمارة قبول.

خامساً–عضل الأولياء :

ويقصد به امتناع الولي عن تزويج المرأة العاقلة البالغة ، متى وَجدت الكفء ، وارتجيء الإيجاب والقبول ، وقد نهى القرآن الكريم الأولياء عن العضل في قوله تعالى : ﴿ **وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن** ﴾ .

وإذا ثبت عضل الولي فالرأي الراجح عند الأحناف والمالكية والشافعية ورواية عن أحمد ، انتقال الولاية إلى السلطان ، ليأمر بالتزويج أو لا يأمر حسب المُصلحة ، وقد اختارت التشريعات العربية للأحوال الشخصية هذا الرأي ، ونقلت الولاية إلى القاضي عند امتناع الولي عن الزواج .

وإذا غاب الوليّ لفقد أو أسر فيرى الأحناف –عند عدم توكيل الولي لأحد–انتقال الولاية لمن هو أبعد منه من العصبات ، وقد أخذ بهذا الرأي القانون السوري ونصت المادة ٢٣ منه على أنه " إذا غاب الولي الأقرب ، ورأي القاضي أن في انتظار رأيه فوات مصلحة الزواج ، انتقلت الولاية إلى من يليه " .

المبحث الثاني
الوكالة في الزواج

القاعدة أن من يملك التصرف في أمر يملك أن يوكل غيره فيه، والفقه الإسلامي يجيز الوكالة، لأن الحاجة إليها عامة، والحرج بمنعها شديد، ومن قواعد الإسلام الكلية التيسير وعدم الحرج، وضابط الوكالة الفقي أن "كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره"

ويستمد الوكيل سلطاته من الموكل، وعليه أن يقف عند حدودها، فإن خالف ما وكل به انتهت وكالته، وفقد سلطاته.

أولاً: أنواع الوكالة:

الوكالة نوعان مطلقة ومقيدة:

١- الوكالة المطلقة:

وفحواها ألا يذكر في التوكيل ما يقيد سلطة الوكيل، ففي الزواج مثلاً لا يشترط الموكل امرأة معينة، ولا مهراً محدداً، ولاسناً لا يتعداها، فالوكيل هنا اختياره مطلق سواء أحسن أم أخفق.

٢- الوكالة المقيدة:

وفحواها أن الوكالة في الزواج قد تسمى فيه الزوجة، أويحدد المهر، أو تعين الجنسية، فاختيار الوكيل مرتهن بما في التوكيل، فإذا تجاوزه خرج عن حدود الوكالة، وعقد التوكيل في حدود الوكالة صحيح نافذ،

فلا يستطيع الموكل أن يستبعد العقد، ولأن يتخفف من آثاره، فإذا صحت الوكالة تترتب عليها أمران هما:

١-لا يجوز للوكيل أن يوكل غيره، لأن الوكالة شخصية، أساسها الثقة المتبادلة، فإذا أذن الموكل للوكيل أن توكل غيره جاز سواء أطلق له أن يوكل من يشاء، أو قيده بشخص أو أشخاص.

٢-حقوق الزواج لا تلزم الوكيل: مهمة الوكيل في عقد الزواج أصلاً اتمام العقد، فإذا أداها انتهى دوره، فلا يرجع إليه بشيء من حقوق العقد، ولا بشيء من واجباته، فإذا كان وكيلاً عن الزوج لا يطالب بالمهر والنفقة، إلا إذا كان ضامناً فيعتد بكفالته، وإذا كان وكيلاً عن الزوجة لا يطالب بزفافها إلى زوجها، وليس له حق قبض المهر إلا إذا نص عليه في الوكالة.

وهنا نلاحظ أنه إذا كان الأصل العام في الوكالة في الشريعة الإسلامية انصراف حكم العقد إلى الأصيل، أما حقوق العقد فتثبت للوكيل، وعليه أن ينقلها بعد ذلك إلى الأصيل، فقد خرجوا على هذا الأصل في عقد الزواج، وقرروا أن حكم العقد وحقوقه تنصرف إلى الأصيل مباشرة.

ثانياً : أحكام الوكالة:

إذا كان التوكيل مطلقاً فرأي الإمام أبو حنيفة ألا يتقيد الوكيل في الزواج، بشرط الكفاءة أو السلامة أو مهر المثل، ويرى أبويوسف ومحمد أن الوكيل يتقيد بذلك.

واتفقوا جميعاً على أنه ليس للوكيل في هذه الحالة أن يزوج من صغيرة لا تجامع، ولا أن يزوج من نفسه، ر ممن في ولايته، وليس له عند أبي حنيفة أن يزوج ممن لا تقبل شهادتهم له وهم أهله وفروعه،

وقد أجاز ذلك الصاحبان أبو يوسف ومحمد. ومتى توافرت الكفاءة ومهر المثل.

فإذا تجاوز الوكيل والوكالة فتصرفاته موقوفة على إجازة الموكل باعتباره فضولياً على ما سنرى، وإذا كان التوكيل مقيداً، فليس له أن يتجاوز القيد، فإذا قيده بامرأة معينة فالوكالة لا تصح عند العقد على غيرها، وإذا قيد بمهر معين، فإن زاد عليه توقف العقد على إجازته، وإن زوجه بمهر أقل صح الزواج، وبالعكس فلوقالت له المرأة وكلتك في تزويجي من فلان بمهر قدره مائة جنيه، فإن زوجها من غيره، أوزوجها بمهر أقل توقف العقد على إجازتها، ولا يشترط في التوكيل أن يكون كتابة، فتكفي فيه العبارة، كما لا يشترط لصحة الوكالة في الزواج الإشهاد عليها، وإن كان العقد نفسه لا يصح إلا بالإشهار.

ويجوز للوكيل في الزواج أن يكون وكيلاً عن الجانبين الرجل والمرأة، كما يجوز أن يكون وكيلاً من جانب وأصيلاً من جانب آخر، واختلف الفقهاء في حكم من يكون وكيلاً أو أصيلاً من جانب آخر، وبذلك يجوز إبرام عقد الزواج بعبارة واحدة، والأحناف يرون أن يتم العقد بعبارة شخص واحد عن طرفيه بشرط ألا يكون فضولياً عن أحدهما أو عنهما معاً، وأجاز ذلك أبو يوسف.

فطبقاً للراجح عند الأحناف يجوز أن يعقد العقد بعبارة شخص واحد في الصور الآتية:

١-إذا كان أصيلاً عن نفسه، ونائباً عن غيره بأن كان ولياً أووكيلاً.

٢- إذا كان ولياً عن طرفيّ العقد أو وكيلاً عنهما.

٣- إذا كان ولياً عن طرف ووكيلاً عن طرف آخر.

وهذا هو مذهب القضاء المصري.

- شروط الوكالة هي شروط الولاية، إلا أن الأحناف لايشترطون البلوغ لصحة الوكالة في عقد الزواج. فالصغير والمجنون كلاهما لايصلح طرفاً في الوكالة موكلاً أو وكيلاً. فهل يصح توكيل المرأة في عقد الزواج؟

يصح توكيل المرأة البالغة العاقلة في عقد الزواج، وذلك هو رأي الأحناف، لأنها أهل عندهم لمباشرة الزواج في حق نفسها، فهي أهل لأن تباشره في حق الغير.

ويرى الجمهور أن المرأة لا يجوز لها أن توكل غيرها، أوأن توكل عن غيرها في عقد الزواج، فإنها لا تملك إنشاء عقد الزواج، وإنما الذي يملك ذلك وليها.

المبحث الثالث
الفضالة في الـزواج

الفضولي يتولى العقد بدون إذن، بدون إذن من الشارع كالولي، وبدون إذن من المالك كالوكيل، وقد عرفه البعض من الأحناف بأنه "العاقد بلا إذن من يحتاج إلى إذنه" وهذا تعريف جامع مانع.

والفضولي قد يباشر عقد الزواج، فيزوج رجل من امرأة دون إذن منهما، أو دون إذن من الرجل، أو دون إذن من المرأة.

اختلفت آراء الفقهاء في نكاح الفضولي ويمكن جمعها في أربعة أقوال:

١-قول بالصحة مطلقاً، ويتوقف نفاذه على أطرافه.

٢-قول بالبطلان مطلقاً.

٣-قول بالتفصيل بين نكاح الأمة بدون إذن سيدها وحكمه البطلان، ونكاح غيرها وحكمه الصحة.

٤-قول بالاقتصار على تسعة موارد يقع العقد فيها موقوفاً على الأجازة دون سواها.

وسوف نعالج بالتفصيل القول الأول والثاني لأنهما الأهم فقهاً، والأكثر شيوعاً في التطبيق العملي.

<u>أولاً: صحة زواج الفضولي:</u>

الراجح عند الأحناف أن زواج الفضولي صحيح إذا جرى بين الفضوليين، أو بين الفضولي والأصيل، وأكثر الأحناف أن الواحد لايصلح فضولياً من الجانبين، أو فضولياً من جانب وأصيلاً من جانب آخر، سواء تكلم بكلامين أم بكلام واحد، فالزواج هنا باطل على رأي

أبي حنيفة ومحمد، ويرى أبو يوسف أن الزواج موقوف في هذه الحالة على الإجازة.

فالفضولي ولو من جانب واحد إذا تولى طرفي العقد لايتوقف عقده على الإجازة عند الإمام ومحمد بل يقع باطلاً، بخلاف ما لو باشر العقد مع غيره من أصيل أو ولي أو وكيل أوفضولي آخر صح العقد بالاتفاق وتوقف على الإجازة.

ويعلّل الكمال بن الهمام هذه التفرقة بتعليل بالغ الدقة فيقول : 'إن كون كلام الواحد عقداً، هو أثر كونه مأموراً من الطرفين أومن طرف وله ولاية الطرف الآخر.

والفضولي غير مأذون له بالتصرُّف، فإذا تولّى طرفي العقد، اختلّ جوهر العقد، ووقع باطلاً.

والقول المشهور عند الإمامية صحة زواج الفضولي ووقوفه على الإجازة.

ويرى الزيدية في قولهم الراجح أن زواج الفضولي يصح موقوفاً حقيقة ومجازاً.

وقد نسب "العيني" في شرح كنز الدقائق القول بصحة زواج الفضولي موقوفاً على إجازة صاحب الشأن الحسن البصري، وسعيد بن المسيب، وإبراهيم النخعي.

أما المالكية فيفرقون بين الأمة وغيرها، فزواج الفضولي غير الأمة صحيح موقوف عندهم.

ثانياً : بطلان زواج الفضولي.

وهو قول الشافعي في مذهبه الجديد، قال النووي عند لمذاهب العلماء في بيع الفضولي "إن مذهبنا المشهور بطلانه ولا على الإجازة، وكذلك الوقف، والنكاح".

وهو رأي ابن حزم الظاهري وبعض الإمامية وبعذ الزيدية.

والراجح أن زواج الفضولي يقع صحيحاً موقوفاً على الإجازة، يدخل بعدها في عموم قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنو بالعقود﴾.

المبحث الرابع

الكفاءة في الزواج

الكفاءة في الزواج تعني أن الواقع الإجتماعي يتحرك في داخل النص الشرعي حتى لا يحدث التناقض بين ما يأمر به الشرع، وما استقر عليه أمر المجتمع مما لا يخالف النقل، ولايضاد العقل، فالتفاوت بين الناس في الحياة الدينوية لا يختلف عليه إثنان.

والكفاءة في اللغة تعني المماثلة والمساواة، فيقال فلان كفء كفلان أى مساو له ونظير له. ومن ذلك المعنى اللغوي قوله تعالى: ﴿ولم يكن له كفواً أحد﴾ أى ليس لله جل في علاه نظير أو مساو.

أما المعنى الإصطلاحي عند الفقهاء فهى المساواة بين الزوجين في أمور مخصوصة، الخلل فيها يؤثر على مقاصد الزواج بين طرفيه، أويؤثر سلباً على المرأة أو أسرتها فالأصل في الكفاءة أن عناصرها اجتماعية، فقد تتزوج المرأة من رجل يكبرها كثيراً في السن، أويحترف عملاً يستنكره المجتمع، أو مهنة يهون صاحبها عند الناس، وقد يكون لا يعرف القراءة والكتابة، وهي أستاذة جامعية، فعناصر الكفاءة اجتماعية في الدرجة الأولي، وعناية الفقه باشتراطها في عقد الزواج يستهدف أسرة سعيدة، وروابط اجتماعية تقومُ على قرار إرادى سليم.

أولاً: مشروعية الكفاءة: ليس في القرآن الكريم نص على اشتراط العمل بها، ولكن مشروعيتها تستمد من بعض أحاديث رسول الله ﷺ، وهي أحاديث جرى خلاف فقهي حوا اسنادها وتفسيرها.

١- أدلة مشروعيتها:

اعتمد جمهور الفقهاء على أدلة نقلية وأخرى عقلية للقول باشتراط الكفاءة في عقد الزواج.

أ- أدلة من الحديث:

- روى الحاكم والترمذى عن على ﷺ أن النبى ﷺ قال له : "ثلاث لا تؤخرها، الصلاة إذا أتت، والجنازة إذا حضرت، والأيم إذا وجدت كفؤاً".
- وروى البيهقي والدار قطني عن رسول الله ﷺ أنه قال : "ألا لاتزوج النساء إلا الأولياء، ولا يُزوجن إلا من الأكفاء".
- وعن عائشة رضى الله عنها عن النبى ﷺ " تخيروا لنطفكم وانكحوا الأكفاء".

وقد وجدت هذه الأحاديث من يعمل بها من فقهاء الصحابة رضوان الله عليهم كعمر بن الخطاب ، ولكن علماء الحديث ضعفوا هذه الروايات حتى قال البيهقى " فى اعتبار الاكفاء أحاديث لا تقوم بأكثرها الحجة " .

وقال الفقهاء إن هذه الأحاديث الضعيفة يقوى بعضها بعضاً فترتفع إلى مرتبة الحسن، لحصول الظن بصحة المعنى وثبوته عنه ﷺ وفى هذا كفاية .

واستدل الامام الشافعى رحمة الله لاشتراط الكفاءة بقوله ... وأصل الكفاءة مستنبط من حديث بريرة، لأنه ﷺ إنما خيرها لأن زوجها لم يعد كفؤاً لها بعد أن أعتقت وزوجها بقى على عبوديته.

ب- أدلة العقل :

الكفاءة فى حقيقتها واقعة اجتماعية ، ينبغى أن نسترشد على فهمها من خلال سنن المجتمع وقواعده السلوك البشرى ، ولاشك أن الزواج يستهدف إقامة بيت أو كيان أسرى ، فمقصد الزواج علاقة خاصة بين المرأة والرجل ، ولكنها أسرة هى نواة المجتمع ، وبيت هو السكن والمودة، وهو يمتد ليشمل علاقات أكبر من الرجل والمرأة ، ولا شك أن الأسرة آباء وأخوة بل الأولياء جميعا يصابون بالضرر من دخول من ليس أهلا إلى رحاب بيوتهم، ووشائج حياتهم، فلا ينبغى أن يعير الأنسان فى أهله أو فى صلات قرباه.

ثم إن التفاوت أمر موجود فى الحياة وليس كل تفاوت يذم، بل منه ما يحقق مصالح الفرد والمجتمع . لذلك كله كان اشتراط الكفاءة أمر يقره العلم ولا يخالف فيه العقل ، فهو مصلحة حقيقية يحميها الشرع الذى مقصوده رعاية مصالح الناس .

ثانياً : موقف الفقه الاسلامى من الكفاءة :

ليس فى الكفاءة نصوص قطعية ، فليس فيها دليل قرآنى ، وما ورد عنها عن طريق السنة فيه خلاف .

١- الرأى الذى يرفض الكفاءة :

وهو رأى أقلية من الفقهاء تعد على أصابع اليد الواحدة ، يذكر منهم سفيان الثوري ، وأبو الحسن الكرخى ، وأبو بكر الجصاص، ويمكن أن نضيف إليهم بمعنى آخر الامام مالك ، وأحمد بن حنبل فى قول عنه وقد استدل هذا الاتجاه بأدلة منها.

أ-أن رسول الله ﷺ قال " الناس سواسية كأسنان المشط ليس لعربى فضل على عجمى إلا بالتقوى" .

ب-وعنه ﷺ أنه قال " يابنى بياضـه أنكحوا أبا هند ، وانكحوا إليه . وكان أبا هند حجاما، بل يروى ﷺ أنه لمر الأنصار أن يزوجوا بلالا بعد أن خطب منهم فلم يزوجوه.

جـ- واستدلوا لمذهبهم أيضاً بأن الكفاءة بين الزوجين لو كان لها اعتبار فى الشرع لاعتبرت فى الدماء من باب أولى ، فإذا كان الشريف يقتل بالوضيع، فلا يعقل أن الشرع يمنع زواج الشريف من هو أقل منه.

والذى نراه أن هذا الرأى لم يستبعد الكفاءة مطلقاً ولكنه حصرها فى الاسلام ، وهو ما صرح به مالك بقوله إن الكفاءة تشترط فى الدين والتقوى ، وما صرح به " ابن حزم" من أن أهل الاسلام كلهم إخوة لايحرم ابن الزنجية نكاح ابنة الخليفة . فالخلاف إذن ليس فى أصل الكفاءة وإنما فى تحديدها ومداها ، فأصحاب هذا الرأى يجعلون عنصرها الوحيد الاسلام وعثرته وهى التقوى . ويعتد بها جمهور الفقهاء لتشمل دائرة أوسع وأكثر.

٢- الرأى الذى يشترط الكفاءة :

وهم جمهور فقهاء المذاهب الاسلامية ، وقد اتفقوا على اشتراط الكفاءة فى عقد الزواج ، ولكنهم اختلفوا فيما بينهم فى ثلاثة أمور هى :

أ- هل الكفاءة من حقوق الله أم من حقوق العباد ؟

حقوق الله تهم الجماعة كلا فلا سبيل إلى اسقاطها أو التنازل عنها وقد اختلف الفقهاء فى الكفاءة بين حق الله وحق العبد رالذى عليه غالبية

الفقهاء أنها من حقوق العباد ،تثبيت للزوج والزوجة . على التخيير ، فإن تمسك أصحابها بها كان لهم حق فسخ عقد الزواج لعدم الكفاءة ، وإن أسقطوا حقهم ورضوا بغير الكفاءة لزم الزواج، ويستوى في ذلك الزوجة والأولياء.

ب- هل الكفاءة شرط صحة أم شرط لزوم؟

قلة من أتباع المذاهب ترى أن الكفاءة شرط صحة يبطل العقد بدونها أويفسد على رأى الأحناف ، ومن أصحاب هذا الرأى بعض الحنابلة والأحناف.

ولكن جمهور أهل الفقه والمغنى به في المذاهب الاجتهادية أن الكفاءة شرط لزوم فمن تزوجت غير كفء كان لأوليائها حق الاعتراض إلا أن يسقطوا حقهم في الاعتراض فينفذ العقد وترتب عليه آثاره ، ولو كان شرط صحة لم يصح ولو أسقط الأولياء حقهم في الأعتراض ، لأن شرط الصحة لا يسقط بالاسقاط.

جـ- عناصر الكفاءة :

اختلف الفقهاء في الكفاءة وبماذا تكون؟ فمنهم من توقف عند الدين فحسب، ومنهم من ضم إليه الحرية، ولكن جمهور العلماء يرى الكفاءة في أربعة أمور هي:-

الدين ، والحرية ، والنسب، والحرفة، ويضيف الأحناف إلى ذلك المال والديانة أى التقوى والصلاح وسوف نعرض لموقف الفقه من هذه الأمور الستة.

الأمر الأول: <u>الدين</u> : ويقصد به الدين السماوى ، وليس الأمر على إطلاقه في الشريعة الاسلامية ، فغير المسلم أىّ كانت ديانته ليس أهلا

للزواج من المسلمة ، كما أن التى لادين لها لاتتزوج من مسلم ويقع كل عقد يخالف ذلك باطلا.

وكل المذاهب الاسلامية فقهية أو عقائدية تعد إسلاما يصح به التزاوج بين أتباعها طالما كانت فى دائرة الاسلام ، فيتزوج المسلم الحنفى من مالكية أو شافعية أو شيعية ، ولم يقل بغير ذلك إلا جمهور الشيعة الامامية ، فالراجح عندهم عدم صحة زواج الشيعية الامامية بمخالف لها فى المذاهب ولو كان شيعياً وهذا رأى انفردوا به بين المذاهب الاسلامية كلها.

ويرى فقهاء الأحناف والشافعية أن من عناصر الكفاءة لغير العرب إسلام الآباء ، فمن أسلم بنفسه لم يكن كفؤا لمن كان أبوها مسلماً، ومن له أب واحد من الاسلام لم يكن كفؤا لمن لها أبوان أو أكثر فى الاسلام ولهم فى ذلك تفاصيل يرجع إليها فى مصادرها والمذاهب الأخرى لاتعتبر الاسلام بهذا المعنى من عناصر الكفاءة، وهى أقرب إلى روح الاسلام مما يراه الأحناف والشافعية ، لأن الاسلام فى ذاته هو الأهم وليس أسبقية الآباء إليها.

الأمر الثانى : الحرية: ويقصد بها أولئك الذين لم يتخلصوا من أسر العبودية ، فالعبد ليس كفؤا الحرة، ومن كان عتيقا أى حديثا فى الحرية ليس كفؤا لمن جاءت من أبوين حرين أو أجداد لم يعرفوا طعم العبودية.

والذى نراه أن هذا الشرط لم يعد له وجود بعد إلغاء الرق فى مواثيق دولية وقعت عليها الدول الاسلامية ، وجعلتها جزء من قانونها الداخلى.

الأمر الثالث : الحرفة: وهى عمل الزوج، ومن يرون الكفاءة فى الحرفة، يجعلون الحرفة الخسيسة مما يذم به الانسان ، ويعير به أهل

الزوجة ، والناس اليوم يتباهون بأعمالهم كما يتفاخرون بأموالهم ، والرأى الراجح عند الأحناف الاعتداد بالحرفة، ويرى أبوحنيفة أن الحرفة ليست من عناصر الكفاءة لأن الانسان يتحول من حرفة إلى غيرها ، فلا تعد أمرا ملازما له ، خاصة وأن أهل هذا الزمان لاينظرون إلى المهنة فى ذاتها وإنما إلى عائدها المادى ووزنها الاجتماعى .

الأمر الرابع : الديانة : ولا يقصد بها الاسلام ، بل السلوك الاخلاقى المصنوع على عين الاسلام والذى يتمثل فى الصلاح والتقوى باعتبارهما أهداف الأوامر الدينية، والرأى الراجح عند الأحناف اعتبارها.

الأمر الخامس : النسب: وهو صلة الزوج والزوجة بمن ينتمون من الآباء والأجداد، وقد اعتد به الأحناف بالنسبة إلى العرب ، واعتد به الشافعية كذلك عند الأعاجم فيما بينهم.

والراجح عند الأحناف أن شرف العلم يعلو على شرف النسب ، ولهذا كان العالم كفء للقرشية وغيرها من العرب ، وواضح أنه شرط متزمن ، فقد كانت الأنساب تعلو فى القديم على أشياء كثيرة.

الأمر السادس: المال: ويراد به على الراجح من مذهب الأحناف قدرة الزوج على معجل المهر ، ونفقة شهر إن كان من غير أصحاب المكاسب ، أو نفقة يوم بيوم إن كان له حرفة يتكسب بها.

وذهب الشيعة الامامية إلى أن الكفاءة لا تعتبر إلا في أمرين الايمان، والقدرة على الانفاق ، وهى كفاءة نظن أن أبعادها صداها فى الواقع

الاجتماعي ، بالاضافة إلى كونها تعبر عن روح اسلامية لا ترى فضلا لعربي على عجمي إلا بالتقوى والعمل الصالح.

ثالثا: وقت الكفاءة وصاحبها:

١- الوقت الذى تشترط فيه الكفاءة :

لايعتد بالكفاءة فى العقد إلا بوقت انشائه ، لأن من سنة الحياة التغير، فقد يفتقر الغنى ، وقد يغنى الفقير ، وقد يصبح الطالح صالحا، والصالح فاسدا ، ولمور الأسرة لاينبغى ربطها بما هو عرض زائل ومتغير ، بل إن استقرارها وديمومتها يجعل من الأهمية بمكان تجديد موقفها المستقبلى من وقت انشاء العقد ، فاذا انقلبت الأيام ، وتغيرت الأحوال فعلى المضرور الصبر اللهم إذا توافر سبب من أسباب الفرقة التى تجيز فصم العلاقة الزوجية رضاء أو قضاء.

٢- الذين يرون الكفاءة هى الدين، فهي عندهم من حقوق الله لاتقبل التنازل أو الاسقاط ، أما جمهور الفقهاء فإن دائرة الكفاءة عندهم تتسع لتشمل أشياء أخرى وهى عندهم حق للزوجة والأولياء. الأقرب فالأقرب ، وهى حق ثابت لكل منهما على حدة لايسقط إلا باسقاطه ، فلو أسقطه أحدهما بقى الحق للآخرة .

والأصل أن تشترط الكفاءة من جانب الرجل لأنه هو الذى تعير به الزوجة أو يساء من خلاله إلى أسرتها خاصة وأن الرجل له من حق الطلاق ما يتفادى به آثار زواج لا يلائمه أو يتناسب مع أهله.

ولكن الكفاءة تشترط من باب المرأة فى حالتين هما:

١-إذا زوج فاقد الأهلية غير فرعه وأصله أو واحد منهما وكان معروفا بسوء الاختيار فإنه يشترط لصحة الزواج كفاءة الزوجة.

٢-إذا زوج الوكيل وكالة مطلقة موكله كامل الأهلية فإنــه يشـترط لنفاذ العقد أن يزوجه بامرأة تكافئه كما يرى الصاحبان وهو الراجح عند الأحناف.

رابعاً : الكفاءة الجنسية :

اتجه – رأى معاصر إلى وجوب الكفاءة الجنسية فـى تقدير الـزواج المتكافئ، ويستند في ذلك إلى أمرين :

الأول : الأصول الاسلامية التى تجعل من الكفاءة الجنسية عنصـرا من عناصر الكفاءة فى الزواج.

الثاني : الضرورات الاجتماعيـة والتطور الاجتمـاعى عمومـا الذى يفرض علينا الأخذ بهذا النظر، ويقصر صاحب هذا الرأى حـق الكفـاءة فى هذه الحالة على الزوجة ، لأنه أمر يخصها وحـــدها [1]والذى نـراه أن لهذا الرأى أصولـه الفقهيـة ، فالسـلامة من العيوب الجنسـية مـن عناصر الكفاءة عند الشافعية ، وقد ذهب بعضهم إلى أن كل مـا يـؤدى إلـى فتور العاطفـة الجنسية يؤثـر فـى الكفـاءة ، ولـم تـأخذ بذلك بقيــة المذاهب الاسلامية .

ونحن نعضد هذا الاتجاه ، ونقول مثل بعض فقهاء الشافعية أنـه مـن المستحسن مراعاة ذلك ، ولا نقصر الحق فى الكفاءة هنا علـى الزوجـة

---

[1] حسنى نصار : حقوق المرأة -الاسكندرية-دار نشر الثقافة- جـ١ سنة ١٩٥٨ صـ٣٣٦-٣٣٧ .

وحدها ، بل ومعها الأولياء أيضاً ، لأن فساد الزمان قد يجعل المرأة تتشبث بزوج غني يكبرها سنا أو يعد فاقدا لقدرته الجنسية استفادة من ثرائه وماله ، أما رغباتها فلها ميدان آخر ، ولاشك أن من مصلحة الأولياء المحافظة على قيم الأسرة وسمعتها بما يبرر أن يكون لها هذا الحق بدلا من جعله في يد الزوجة وحدها.

والمشهور عند الأحناف أن حق الكفاءة لا يسقط بحال من الأحوال سواء قبل الدخول أو بعده ، وسواء بعد الولادة أو قبلها ، وهو أمر نستحث المشرع إلى حسمه رعاية لحق الولد وحرصا على نسبه ، فلاشك أنه من الناحية الاجتماعية يرجح لدينا ما هو مرجوح عند الأحناف ، وهو الرأى الذى يمنع من طلب فسخ عقد الزواج بسبب الكفاءة بعد الحمل والولادة .

تعليق أخير:

إن الكفاءة واقعة اجتماعية ، يراد بها فى الأصل حماية الزوجة وأوليائها من عار يلحق بهم من باب الزوج ، ذلك أمر نسبى يختلف من عصر إلى عصر ، ومن بيئة إلى بيئة ، والأوفق فيه-كما قال العلامة أحمد ابراهيم -وأيده فى ذلك كثيرون منهم الشيخ على حسب الله، والدكتور مصطفى زيد[1]- ترك الأمور التى تعتبر فيها الكفاءة لعرف الناس فى كل زمان ومكان.

---

[1] أشار الدكتور مصطفى زيد إلى أن رأى الشيخ أحمد إبراهيم لم يطلع عليه ولعله جاء فى كتاب عن الكفاءة، وعند اطلاعنا على كتاب "الأحوال الشخصية" للشيخ أحمد ابراهيم فى طبعته الأولى سنة ١٩٢٥ وجدناه قد أثبت فيه هذا الرأى.

وتحكيم العرف فى هذا الشأن ليس أمراً غريباً على الفقه الإسلامي، لأن الخلاف فى أمر الكفاءة ليس خلاف دليل وبرهان، ولكنه خلاف عصر وأوان، إن عصرنا بما يضج فيه من تغيرات، وما نشأت فيه من أنظمة وحدثت من تيارات، يستدعى العودة إلى العرف الذى لا يخالف نص الشارع في هذه الأمور المرنة والمتغيرة.

الباب الثاني

آثـــار الـــزواج

آثار عقد الزواج هي ما يفرضه من حقوق متقابلة وواجبات متبادلـة، وهي حقوق وواجبات تقع على عاتق الطرفين، الرجل والمرأة، وتترتّب بحكم الشارع لا بإرادة العاقدين.

وآثار عقد الزواج ليست من طبيعة واحدة، بل منها المالي مثل النفقة والمهر، ومنها المعنوي مثل الطاعة وحسن المعاملة، ومنها الجنسي مثل الحق في الزفاف والحق في الإعفاف.

والحقوق المتعلّقة بعقد الزواج منها ما هو حق للزوجة وحدها، ومنها ما حق للزوج بمفرده، ومنها الحقوق المشتركة بين الزوجين.

وينقسم هذا الباب إلى أربعة فصول:

الفصل الأول: حقوق الزوجة.

الفصل الثاني: حقوق الزوج.

الفصل الثالث: الحقوق المشتركة بين الزوجين.

الفصل الرابع: في إثبات الزواج.

الفصل الأول

حقوق الزوجـة

ليست المرأة هـي الطـرف الضعيف أو المذعن فـي عقد الـزواج، فالإسلام يسوي بين الرجـل والمرأة، وهـي مسـاواة تترجم إلـى حقـوق وواجبـات، ويعد عقد الزواج واحداً من أهـم المسـاحات الفقهيـة التـي تتحرك عليها حقوق الرجل والمـرأة، فـي تكـامل يحقق المسـاواة، وفـي تبادل يوافق العدالة.

وقد نص على ذلك القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿**ولهن مثل الـذي عليهم بالمعروف**﴾. فالآيـة الكريمـة تضـع المبدأ العـام، وتنـص أحكـام القرآن علـى تطبيقاتـه فـي ميـادين كثـيرة، ومجـالات متعـددة، والـزواج الإسلامي يأتي في مقدمة هذه الميادين والمجالات،

وينقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: في المهر.

المبحث الثاني: في النفقة .

المبحث الأول

المهـــر

المهر هو أحد الحقوق الماليـة للمرأة، يوجبه عقد صحيح أودخول صريح، وله عدة أسـماء منهـا: الصـداق، والمهر، والأجر، والصدقـة، والنحلة، والفريضة، والعُقر بضم العين.

والمهر في الزواج الإسلامي أحد لوازمه، فيجب وإن لم يشـترط فـي العقد، ويجب وإن اشترط عدم المهر، ويجب بالتسمية في العقد، كما يجب بدونها، ويثبت للمرأة مهر المثل، فـلا زواج فـي الإسلام بغير مهر.

أولاً: تعريف المهر وحكمه:

١- تعريف المهر:

للفقه الإسـلامي تعريفـات للمهـر محورهـا فكـرة الـوطء، وفكـرة الاستمتاع. فقد عرّفه بعض الأحناف بأنه ما تستحقه المرأة بعقد النكاح أو الوطء.

وعرّفه الكاساني بأنــه: كل مال متقوّم معلوم مقدور على تسليمه.

وعرّفه المالكية بأنــه : ما يجعل للزوجة نظير الاستمتاع بها.

وعرّفه الشافعية بأنه: ما وجب بنكاح أو وطء أو تفويت بضع مهراً.

وعرّفه الحنابله بأنه: العوض في النكاح، سواء سمي في العقد أوفرض بعده بتراضي الطرفين أو الحـاكم أو العـوض فـي نحـو النكـاح كوطء الشبهة ووطء المكرهة.

والمذاهب الأخرى لم تبتعد كثيراً عن هذه التعريفات.

وعرّفه بعض المعاصرين بأنه : المال الذي تستحقه الزوجة على الزوج بالعقد عليها، أو بالدخول بها دخولاً حقيقياً.

ويعيب هذا التعريف أنه يحصر المهر في المال مع أن المنافع تصلح أن تكون مهراً.

والمهر -في التعريف الراجح لدينا- ما أوجبه الشارع من المال أو المتقوم بالمال حقاً للمرأة على الرجل بعقد صحيح أودخول صريح.

٢- حكم المهر:

أجمع علماء المسلمين منذ عصر الصحابة إلى يومنا هذا على وجوب المهر، فلا زواج بغير مهر، قال الله تعالى: **﴿وآتوا النساء صدقاتهن نحلة﴾**.

وقد ثبت أن رسول الله ﷺ لم يخل زواجاً من مهر، ويثبت المهر بأحد أمرين:

أ- العقد الصحيح المؤكد.

ب- الدخول الصريح أو الحقيقي.

فإذا وُجد العقد وثبتت مؤكداته وجب المهر، وإذا تم الدخول في زواج فاسد أو بشبهة وجب المهر وجوباً لا يسقط إلاّ بالأداء أو الإبراء.

وهذا الوجوب -كما قيل بحق- ليس لصحة النكاح، لأن النكاح عقد ازدواج، وذلك يتم بالزوجين، والمال ليس بمقصود أصلي فيه، فلا يشترط فيه ذكره، وإنما وجب كحكم من أحكام عقد الزواج، إبانة لشرفه، وإظهاراً لخطره، حتى لا يستهان به، وفضلاً عن ذلك فإن في وجوبه على الرجل تكريماً للمرأة وإشعاراً للرغبة فيها، وتأكيداً على مكانتها العالية في عقد الزواج الإسلامي.

ثانياً : مقدار المهر وما يصلح مهراً:

١- مقدار المهر:

حكم الإسلام وجوب المهر، وقد يكون قليلاً لضيق أو تقتير، وقد يكون كثيراً لسعة أو تبذير، وقد فصّل الفقه الإسلامي الحكم في المهر كثرة وقلة.

أ- حكم أكثر المهر:

لا خلاف بين الفقهاء على أنه لم يرد الشارع تحديد المهر، فليس للمهر حد أعلى لا يزاد عليه.

قال ابن عبد البر -الفقيه المالكي الأندلسي- وأما أكثر الصداق فلا توقيف فيه بإجماع أهل العلم.

ويستدل الفقهاء لذلك بقوله تعالى: **﴿وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً﴾**.

وعندما أراد عمر بن الخطاب -ﷺ- منع المغالاة في المهور، قالت له امرأة من قريش: ليس ذلك إليك يا عمر. فقال: ولم؟ قالت: لأن الله تعالى يقول: **﴿وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً﴾**. فقال عمر: اللهم عفواً، أخطأ عمر وأصابت امرأة.

ب- حكم أقل المهر:

اختلف الفقهاء في تحديد حد أدنى للمهر، والمشهور قولان:

الأول: إن أقل المهر عشرة دراهم أو ما يساويها، وهو مذهب الأحناف، وعليه العمل في مصر، فلو اتفق الزوجان على أقل من ذلك لزمت العشرة، استدلالاً بما روى أن النبي ﷺ قال : {لا مهر أقل من عشرة دراهم}، وقياساً على السرقة فإن نصاب القطع عندهم بعشرة دراهم.

ويرى الحنفية في المشهور ان اقل المهر ثلاثة دراهم، لأنه أقل ما يجب فيه القطع في السرقة على مذهبهم.

الثاني: إنه لا حد لأقل المهر، وهو قول الشافعية والحنابلة، وبه كثير من الصحابة، منهم: عمر، وابن عباس، وأبوسعيد الخدري، وجابر بن عبد الله، وعدد من التابعين. كما قال به الظاهرية، ودليلهم في ذلك قوله تعالى: {وأحل لكم ما وراء ذلك أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين}. ولقوله ﷺ : "التمس ولو خاتماً من حديد". وهذا يدل دلالة ظاهرة على أن المهر يصلح بكل ما يطلق عليه إسم المال ولو كان قليلاً.

وقد أخذت بعض التشريعات العربية بهذا الرأي، ونصت المادة ٥٣ من التشريع الكويتي للأحوال الشخصية وهي تتحدث عن المهر: "لا حد لأقل المقر ولا لأكثره".

والرأي عندي أنه لا خلاف بين الفقهاء حول مالية المهر، وما بين الرأيين من خلاف حول تحديد أدنى المهر لا أهمية له في عصرنا، والتشريعات التي نصت على ذلك جاوزت القصد.

وقد دعا الإسلام إلى عدم المغالاة في المهور، لأنها سبيل إلى منع الواجب -حتى ولو كان واجباً كفائياً- الأمر الذي يخل باستقرار المجتمع وسلامته الخلقية والنفسية. وقد ثبت عن رسول الله ﷺ أنه قال :"إن أعظم النساء بركة أيسرهن مؤونة".

ولا شك أن المهر يختلف كثرة وقله ب ظروف الزواج، وحسب حالة الزوج وحالة الزوجة، ولكن القاعدة العامة في الشريعة الإسلامية تنهي عن الإسراف في كل عمل، فالمهر لا حد لأقله إلاّ أن يكون مالاً، وأيضاً لا حد لأكثره إلاّ أن يكون سرفاً، وإطلاق القول بأنه لا حد لأكثره يدخلنا في الإسراف الممنوع شرعاً.

٢- ما يصلح أن يكون مهراً:

يرى الإمامان الشافعي وأحمد أن كل ما يجوز أن يعتبر ثمناً يجوز أن يكوم مهراً، ويرى "ابن الجلاب" من كبار فقهاء المالكية أن كل ما جاز بيعه جاز عقد النكاح به، وقد يجوز النكاح بما لايجوز بيعه، فيجوز على الوصف، كما يجوز النكاح على الفرش والجهاز، ويرجع في ذلك عرف الناس.

ولا يشترط أن يكون المال نقداً أو ذهباً وفضة، فكما صح التزامه شرعاً، صلح أن يكون مهراً، فيصح أن يكون المهر عملاً أو منفعة يقدمها الزوج مما يتقوّم بمال، لقوله تعالى في قصة موسى وشعيب عليه السلام: **"إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتى هاتين على أن تأجرني ثماني حجج"**، ووجه الاستدلال في هذه الآية الكريمة أن ما شرع من قبلنا شرع لنا حتى يدل الدليل على ارتفاعه، ولا يصلح مهراً ما ليس بمال مثل الأشياءالمباحة، ولا ما هو غير مقوّم كالخمر في حق المسلم.

فإدارة أعمال الزوجة، والإشراف على أملاكها وتعليمها ونحو ذلك يجوز أن يكون مهراً، يشهد لذلك حديث سهل بن سعد الساعدي الذي جاء فيه أن رسول الله ﷺ زوّج رجلاً بما معه من القرآن. وهنا ينبغي التفريق بين العمل والخدمة:

١-فالعمل كإدارة أملاك الزوجة، ومصانعها ونحو ذلك يجوز أن يكون مهراً.

٢-أما إلتزام الزوج بخدمة الزوجة في البيت على سبيل المهر فلا يجوز وفقاً لما يقرره فقهاء الحنفية، لتنافيه مع الوضع الزوجي في نظر الإسلام، ولما فيه من امتهان للزوج، ومنافاة لقوامته.

ولا يجوز أن يكون مهرا كل منفعة لا تقابل بمال، كما لو تزوج رجل امرأة على أن يكون مهرها ألاّ يتزوّج عليها، أو أن يطلّق زوجته الأخرى، ولا يصح المهر مع الغرر لما فيه من جهالة فاحشة.

والذي عليه العمل في مصر وهو أرجح الأقوال في المذهب الحنفي: إنه لا حد لأكثر المهر، فهو متروك لإرادة الطرفين، أما أقل المهر فهو عشرة دراهم من فضة، ولو اتّفق الطرفان على أقل من عشرة، فلها العشرة على ما ذهب إليه أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد، لأن في المهر حقين حقها وهو ما زاد على العشرة إلى مهر مثلها، وحق الشرع وهو العشرة، وللإنسان التصرُّف في حق نفسه بالإسقاط دون حق غيره، فإذا رضيت بما دون العشرة، فقد أسقطت حقها فيما زاد على العشرة، فيبقى حق الشرع وهو تكميله إلى عشرة.

ثالثاً: تعجيل المهر وتأجيله وقبضه:

١- تعجيل المهر وتأجيله:

الأصل أن يؤدي المهر على الفور، لأن آثار العقد لاتتراخى عنه إلاّ بشرط أو عرف، وهذا هو رأي الأحناف.

فلا يلزم أنّ يعجل المهر كله قبل الدخول، بل يجوز أن يكون حالاً كله، أو مؤجلاً كله، أو أن يكون حالاً بعضه، أو مؤجلاً بعضه إلى ما بعد الدخول. ويصح تأجيل المهر إلى م[illegible] أو إلى أقرب الأجلين الطلاق أو الوفاة، كما يجوز أن يدفع على [illegible]ساط في مدة معلومة، وإذا لم يتم الاتفاق علي شيء من ذلك، جرى الأمر على ما عليه العرف في بلد العقد، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

وإذا لم يكن ثمة عرف أو شرط، وجب المه[illegible] له حالاً بمجرد إتمام العقد، فالعودة هنا إلى الأصل، وهو التعاصر بين العقد وما يترتّب عليه

من أحكام، وعقود المعاوضة تقتضي المساواة بين طرفي العقد. وهذا هو مذهب القضاء المصري، وقد أخذ به القانون السوري فنص على ما يلي في المادتين ٦٥،٥٥ "يجوز تعجيل المهر أو تأجيله كلاً أو بعضاً، وعند عدم النص يتبع العرف".

والتأجيل في المهر ينصرف إلى حين البينونة أو الوفاة، ما لم ينص في العقد على أجل آخر.

وهذا ما نص عليه مشروع قانون الأحوال الشخصية للمسلمين الذي أقرّه مجمع البحوث الإسلامية في مادتيه ٤٥،٤٤.

٢- قبض المهر:

قبض المهر حق خالص للزوجة، فلها التمسّك به، ومنع نفسها عن الزوج حتى تقبض مهرها، ولها أن تسقط الحق وتقبل الدخول.

ومذهب الأحناف على أن للمرأة قبل الدخول أن تمنع الرجل عن الدخول بها، ولها أن ترفض الانتقال إلى بيته أو السفر معه حتى يؤدي لها معجل صداقها، ولا تعد المرأة بامتناعها ناشزاً، لأنها تستخدم حقها الشرعي.

فإذا استوفت المرأة معجل المهر بتمامه سقط حقها في الامتناع، وثبت به النشوز، وما يترتّب عليه من آثار، وإذا وافقت المرأة على الدخول بها قبل قبض معجل صداقها فقد اختلف الأحناف في الرأي.

ذهب أبو يوسف ومحمد بأن الرضا أسقط حقها في طلب معجل المهر قبل الدخول، فليس لها الحق في منع نفسها، فإن امتنعت فليس لها نفقة بنشوزها.

وذهب أبو حنيفة أن المرأة التي قبلت الدخول قبل قبض معجل مهرها، أسقطت برضاها بالدخول حقها في منع نفسها في الماضي، أما

حقها في المستقبل فلا يزال قائماً، ولها أن تمنع نفسها عن زوجها ولايعد ذلك نشوزاً ولا تترتب على امتناعها آثار النشوز. وهذا هو رأي الراجح عند الأحناف.

وللمرأة الرشيدة أن تقبض مهرها بنفسها، ويعتد بقبض وليها، إلاّ إذا منعته من القبض.

وقد نصت المادة ٦٠ من التشريع السوري بعد تعديلها سنة ١٩٧٥ على أن المهر حق للزوجة، ولا تبرأ ذمة الزوج منه إلاّ بدفعه إليها بالذات إن كانت كاملة الأهلية، ما لم توكل في وثيقة العقد وكيلاً خاصاً بقبضه، وقد اتفق الفقهاء على أن للمرأة الرشيدة أن تتصرف في مهرها كما تشاء بيعاً أو هبة أو غيرهما، وتصرفها نافذ، لأن المهر ملك لها، فتصرفها فيه نافذ كتصرفها في جميع أملاكها.

أما المرأة الناقصة الأهلية كالصغيرة والمحجورعليها لعته أوجنون أو غفلة، فولي مالها يتولى قبض المهر، وولي المال عند الأحناف أحد الستة وهم الأب ثم وصيه، ثم الجد ثم وصيه، ثم القاضي ثم وصيه.

رابعاً : أنواع المهر ومؤكداته:

١- أنواع المهر.

ينقسم المهر في الزواج الصحيح باعتبار تحديده إلى نوعين أحدهما المهر المسمى، وثانيهما مهر المثل.

أ- المهر المسمّى:

وهو المهر الذي سبق تحديده، سواء تم ذلك عند العقد أوبعده، وسواء تم التحديد برضا الطرفين أو بأمر الحاكم.

ويجب المهر المسمّى للمرأة بشرطين:

الأول: أن يكون العقد صحيحاً، أما العقد الفاسد فلا يترتب عليه المهر ولو كانت التسمية صحيحة.

ووجوب المهر المسمّى، يثبت للزوجة على زوجها بمجرد العقد الصحيح سواء دخل بها أو لم يدخل، وسواء اختلى بها خلوة صحيحة أولم يختل.

الثاني: أن تكون التسمية صحيحة، بأن يكون المهر قيمته عشرة دراهم فأكثر على رأي الأحناف، وأن يكون المهر المسمّى مالاً أومنفعة تصلح أن تكون مهراً.

والتسمية الصحيحة هي التي تتفق مع الأحكام الشرعية للمهر، أما إذا كانت التسمية غير صحيحة بأن كانت ليست مالاً متقوماً في الإسلام، أوكان المسمي مجهولاً جهالة فاحشة، فلا اعتبار للتسمية.

ب- مهر المثل:

وهو مهر مثل المرأة من أسرة أبيها كأختها أو عمتها، تماثلها وقت العقد، سناً وجمالاً، ومالاً، وديناً، وعلماً، وعقلاً، وبكارة، وثيوبة، وما إلى ذلك من الصفات التي يختلف المهر باختلافها في عرف الناس، وإن لم توجد من تماثلها من أسرة أبيها بما ذكرنا من الأوصاف، اعتبر مهر المثل بمهر امرأة تماثلها من أسرة كأسرة أبيها.

الأحوال التي يجب فيها مهر المثل:

يجب مهر المثل في الحالات الآتية:

إذا اتفقا علي نفي المهر كأن يقول لها تزوّجتك على ألاّ مهر لك، وتقول: قبلتُ. فهذا الاتفاق باطل ويجب لها مهر المثل:

• أن تكون هناك تسمية للمهر ولكنها غير صحيحة، كأن يكون المسمّى ليس مالاً كالميتة، أو مالاً غير متقوّم كالخمر، أو كان مجهولاً جهالة فاحشة، ففي هذه الحالات يجب للمرأة مهر المثل.

وقد جمعت بعض التشريعات العربية هذه الحالات بقولها: "ويجب مهر المثل بالعقد الصحيح إذا خلا من تسمية مهر، أوصدرت الصيغة صريحة في نفي المهر، أو وقعت التسمية فاسدة"

٢- مؤكدات المهر:

المقصود من تأكيد المهر بعد وجوبه أن يكون ديناً صحيحاً قوياً للزوجة، إلا يسقط بالأداء أو الإبراء.

ويجب المهر بالعقد الصحيح، ولكنه يتعرّض للزيادة والنقصان حتى يتأكد المهر بواحد من ثلاثة هي:

أ- الدخول الحقيقي:

إذا دخل الرجل بزوجته ثبت لها المهر، وتأكد وجوبه سواء أكان مهر المثل أو المهر المسمى، وسواء كانت التسمية وقت العقد، أم اتفق عليها بعد العقد، فإذا تم الدخول فلا يسقط من المهر شيء إلا بإبراء الزوجة، فبالدخول يستوفي الرجل حقه وينبغي أن تستوفي المرأة حقها في المهر.

ب- الخلوة الصحيحة:

وهي التي يجتمع فيها الزوجان في مكان يأمنان فيه من اطلاع الغير عليهما، ولم يكن ثمة مانع يمنع من الدخول كصغر أومرض أو حيض،

فإذا تم هذا الاجتماع تحققت الخلوة، وتأكد به المهر، شأنها شأن الدخول الحقيقي.

جـ- موت أحد الزوجين:

ويتأكد المهر بموت أحد الزوجين سواء كان الذي مات هو الزوج أم الزوجة، والفرض أن الموت تم قبل الدخول وقبل الخلوة الصحيحة، وذلك لأن المهر وجب بنفس العقد، والعقد لا ينفسخ بالموت وإنما ينتهي، ويجب المهر بالموت سواء كان المهر المثل أو المهر المسمّى.

ويتأكد المهر بموت أحد الزوجين، أياً كان سبب الموت، فيرى الأحناف أن المهر يتأكد بالموت سواء كان الموت طبيعياً أوبجريمة، وسواء كان الموت انتحاراً أو بقتل الزوج الآخر، أوبقتل من أجنبي، وسواء كان القتل عمداً أو خطأ.

متى يجب نصف المهر:

يجب نصف المهر في حالتين هما:

أ- الطلاق قبل الدخول وقبل الخلوة، بشرط أن يكون مهرها مسمّى، فإذا كانت قد قبضت المهر كله فلزوجها استرداد نصف المهر إذا تم الطلاق.

ب-أن تكون الفرقة من قِبل الزوج سواء أكانت طلاقاً أم فسخاً كما لو ارتدّ الزوج عن الإسلام قبل الدخول، ويستثنى من هذه القاعدة الفرقة بسبب اختيار الفسخ عند البلوغ أو الإفاقة قبل الدخول، لأن الفرقة هنا نقض للعقد من أساسه، فكأنه لم يكن، فلا يجب به شيء.

متى يسقط كل المهر:

ويسقط كل المهر، ولا يجب للزوجة شيء في الحالات التالية:

أ-إذا حصلت الفرقة قبل الدخول بسبب من الزوجة كإباء الإسلام، أو الإرتداد عنه، أو اختيارها حق الفسخ قبل البلوغ، أو اتصالها بأحد أصول الزوج أو فروعه اتصالاً غير مشروع، أو اعتراض ولي الزوجة الرشيدة، إذا تزوّجت بغير كفء، وبغير إذن الولي.

ب-إذا حصلت الفرقة بسبب من الزوج، وكانت فرقة تنقض العقد من أساسه، كالفرقة قبل الدخول بسبب بلوغ الزوج أو إفاقته.

ت-إذا أبرأت الزوجة زوجها من المهر، لأن المهر يسقط بالأداء أو الإبراء.

ث-إذا كان العقد فاسداً، وحصلت المفارقة قبل الدخول ولو بعد الخلوة الصحيحة لا يجب شيء من المهر للزوجة، فالمهر في العقد الفاسد لا يجب بالعقد بل بالدخول الحقيقي.

المبحث الثاني

النفقـــه

النفقه في اللغة اسم لما ينفقه الإنسان على غيره، وقد اختلف علماء اللغة في مصدر اشتقاقها فقيل هي إما أن تكون مشتقة من النفوق، وهو الهلاك، يقال: نفقت الدابة نفوقاً إذا هلكت، وإما أن تكون مشتقة من النفاق وهو الزواج، ويقال نفقت السلعة نفاقاً إذا راجت.

والنفقة في الشرع اختلف في تعريفها، فقد عرفها البعض بعناصرها، فقد سأل هشام، محمد بن الحسن عن النفقة فقال: هي الطعام والكسوة والسكنى.

وعرفها الكمال بن الهمام بالمقصد، فقال: "هي الإدرار على الشيء بما به بقاؤه".

والتعريف الراجح للنفقة -فيما نختار- هو ما قاله الفقيه المالكي ابن عرفة في كتابه الحدود الفقهية، حيث عرّف النفقة بقوله: "ما به معتاد خال آدمي دون سرف".

وهذا التعريف يشمل نفقة الزوجة وغيرها من النفقات، ويضع شقة للنفقة لا تتعداه، وهو عدم الإسراف، ويضع معياراً للنفقة، وهو الحالة المعتادة للشخص.

ونفقة الزوجة هي تكليف مالي، واجب على الزوج للزوجة -بما هي زوجة- وفق شروط معينة، بمستوى الكفاية عرفاً.

فالقول بأنها تكليف يعني أن النفقة في مصطلح الشارع ليست مالاً، وإنما هي فعل -هو الإنفاق- مكلف به الزوج من قبل الشارع، والقول بأنها مالي لإخراج أنواع التكاليف الشرعية الأخرى غير المالية كالصلاة والصيام. فالنفقة تكليف مالي صرف، والقول بأنها واجب

لإخراج التكاليف المالية المندوبة مثل الصدقات وصلات الأرحام، والقول بأنها على الزوج للزوجة، لإخراج نفقات الأقارب وغيرها. والقول بما هي زوجة "لبيان أن أساس التكليف هو الزوجية سواء كانت نفقة زوجة أو نفقة مطلقة، والقول بأنه بمستوى الكفاية عرفاً لبيان حد الإنفاق، وأنه مقيد بالكفاية ويرجع في تقديرها إلى العرف.

أولاً : حكم نفقة الزوجة:

النفقة واجبة بعقد الزواج الصحيح، لم يخالف في ذلك أحد من فقهاء المذاهب الإسلامية، واستدلوا على وجوبها بالكتاب والسنة والإجماع.

١- الأدلة من الكتاب: في القرآن الكريم آيات كثيرة يستدل من مجموعها وجوب النفقة للزوجة على زوجها منها قول الله تعالى : **﴿لينفق ذو سعة من سعته، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما أتاه الله لا يكلف الله نفساً إلاّ ما أتاها﴾.**

ومنها قوله تعالى في حق المطلقات: **﴿اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم﴾**، وإذا كان ذلك حق المطلقات في أثناء العدة، فحق الزوجات أوجب.

٢- الأدلة من السنة: والأدلة على وجوب نفقة الزوجة كثيرة، فيما روي من الأحاديث عن النبي ﷺ منها ما روى معاوية القشيري، قال: أتيت رسول الله ﷺ ، فقلت: ما تقول في نسائنا؟ قال: "أطعموهن مما تأكلون، وأكسوهن مما تكتسون، ولا تضربوهن، ولا تقبحوهن".

ومنها ما رواه مسلم في صحيحه، أن رسول الله ﷺ قال في حجة الوداع: "ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف".

ومنها ما روي عن عائشة رضي الله عنها، أن هند زوجة أبي سفيان قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما

يكفيني وولدي، إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف.

ودلالة هذه الأحاديث على وجوب نفقة الزوجة على زوجها لا تحتاج إلى بيان.

٣- **الإجماع:** فقد أجمع المجتهدون من عصر الصحابة رضوان الله عليهم على وجوب النفقة على الزوجة، والإجماع هنا مؤكد على صحة ما فهم من هذه الآيات والأحاديث، وأنها قاطعة في وجوب نفقة الزوجة على زوجها، وتجب النفقة على الزوج ولو كان فقيراً، كما تجب للزوجة مسلمة كانت أو كتابية، فقيرة أو غنية، صالحة للوطء أو لم تصلح متى أمسكها الزوج في بيت الزوجية.

ثانياً : سبب وجوب النفقة:

اختلف الفقهاء في سبب وجوب النفقة إلى عدة آراء أهمها ما يلي:

١- **نظرية الاحتباس:** وقد أخذ بها فقهاء المذهب الحنفي يقول الكاساني صاحب البدائع: "أن المرأة محبوسة بحبس النكاح حقاً للزوج، ممنوعة عن الاكتساب بحقه، فكان نفع حبسها عائداً إليه، فكانت كفايتها عليه، ولأنها إذا كانت محبوسة بحبسه ممنوعة عن الخروج للكسب بحقه، فلو لم تكن كفايتها عليه لهلكت، ولهذا جعل للقاضي رزقه في بيت مال المسلمين لحقهم، لأنه محبوس لجهتهم، ممنوع من الكسب، فجعلت نفقته في مالهم، وهو بيت المال، وكذا هنا.

وتقوم هذه النظرية كما عرضها الأحناف على الاستدلال بالقياس، فهي لا تكون حجة إلا على من سلم بحجية القياس.

ويرد البعض على تأسيس الأحناف النفقة على فكرة الاحتباس، ويرون أنه استدلال منتقض بالرهن، حيث اتفق الفقهاء على أن نفقة العين المرهونة لا تكون على المرتهن، مع أن حبس العين جرى لمصلحته.

٢- نظرية ملك النكاح: وخلاصة هذه النظرية: أن سبب وجوب نفقة الزوجة هي ملك النكاح للزوج عليها، وبعبارة أخرى أن النفقة عوض عن ملك النكاح الذي يملكه الزوج على الزوجة، ويعترض على هذه النظرية بعدة أمور أهمها: .

أ- إن النفقة ليست من الأعواض التي يوجبها العقد، وإنما أفاد العقد كون هذه المرأة زوجة، فأثبت الشارع النفقة لها على زوجها.

ب- أن ملك النكاح لا أثر له في النفقة، لأنه قوبل بعوض مرة وهو المهر، فلا يقابل بعوض آخر، إذ العوض الواحد لا يقابل بعوضين عادة.

٣- نظرية القوامية: ومفاد هذه النظرية، أن قوامية الرجال على النساء -التي أثبتها الشارع جل وعلا- هي السبب في وجوب النفقة لهن عليهم وذلك استناداً إلى الآية الكريمة : ﴿الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم﴾.

ولا حجة في الآية لإثبات هذه النظرية، لأن الآية تفيد إثبات القوامية بسبب النفقة، لا إيجاب النفقة بسبب القوامية، وهذا لا شك عكس المدعى به.

٤- نظرية العقد والتمكين: وتفيد هذه النظرية، أن وجوب النفقة أساسه العقد وتمكين الزوجة الزوج من نفسها معا، وعلى ذلك لا تجب

النفقة بالعقد وحده، بل لا بد من اقترانه بالطاعة والتمكين، وتسقط النفقة بالنشوز أي عدم الطاعة.

هـ- نظرية العقد: وخلاصتها أن سبب النفقة هو عقد النكاح مجرداً عن التمكين، غير أنه يسقط الاستحقاق مع وجود المانع، ونظرية العقد المجرد توجب النفقة للزوجة حتى لو بقيت عند أهلها مدة طويلة طالما لم يطالبها الزوج بالزفاف، أما في النظرية السابقة فلا نفقة بدون تمكين. ودليلهم على ذلك ما يلي:

أ- إن النفقة تعلقاً بالعقد، ولا تجب قبل العقد.

ب- إطلاق أدلة وجوب لانفقة، وعدم تقييدها.

والرأى عندي أن نظرية العقد والتمكين أولى بالترجيح لما يلي:

أ-إن الأمر بالمعاشرة بالمعروف يتضمن اشتراط التمكين، وعدم النفقة إلا بتحققه، لأن المعاشرة صيغة مفاعلة، وهي لا تتحقق إلا بطرفين على المشهور، وبديهي أن المعاشرة بين الزوجين قائمة بهما معاً، ولا تحصل إلا بالتمكين فلا تجب النفقة إلاّ به.

ب-ويستدل على ذلك بأن معروف كل أمر بحسبه، وعليه ينبغي تخصيص الآية المباركة . ﴿**وعاشروهن بالمعروف**﴾ بالأخبار المشتملة على بيان حق كل من الزوجين على الآخر، فيستفاد منه أن كلا الحقين موقوف على الآخر.

وعليه فإن وجوب نفقة الزوجة مشروط بالطاعة والتمكين من قبلها، فلما لم يحصل هذا الشرط فلا تكليف بالنفقة أصلاً.

ثالثا : شروط إيجاب النفقة:

اتفق الفقهاء على شروط ثلاثة لابد من توافرها حتى تجب النفقة للزوجة على زوجها:

١- صحة العقد: حتى تجب النفقة للزوجة على الزوج المسلم، فلا بد أن يستكمل العقد كل عناصر الصحة، فإذا كان العقد باطلاً أوفاسداً، لا تستحق الزوجة بموجبه النفقة، فلو حصل الوطء بشبهة فلا نفقة للمرأة -وإن وجبت العدة- لعدم تحقق الموجب لها.

ولو حكم بالنفقة للمعقود عليها عقداً فاسداً قبل ظهور الفساد، ثم أدى الزوج هذه النفقة تنفيذاً للحكم، كان له بعد ظهور الفساد أن يسترد ما أداه، أما لو أنفق عليها بغير حكم ثم ظهر فساد العقد، فليس له أن يسترد ما أنفقه لأنه متبرع.

وقد انتقد البعض هذه التفرقة بحق، فلا وجه لها ما دام الزوجان لا يعلمان بالفساد حين العقد، فالمرأة محبوسة على زوجها بحكم عقد كان يظنانه صحيحاً، فيجب أن يقوم بالإنفاق عليها، ولهذا يرتب الفقهاء على العقد الفاسد العدة والنسب، فما كان ينبغي القول برجوعه عليها بما أنفقه.

٢- تمكين الزوج: ويقصد به تسليم الزوجة نفسها لزوجها، وتحقيق التخلية التامة بينها وبينه، حتى تقوم بواجباتها ويستطيع الاتصال بها اتصالاً يحقق مقاصد العقد ، وأهداف الزوجية، فإذا فات التمكين بغير وجه شرعي، فلا نفقة لها، فالمرأة الناشزة لاتستحق النفقة، أما إذا فات التمكين لسبب شرعي، كعدم شرعية المسكن، أو لأن الزوج لم يوفها عاجل صداقها، وغير ذلك من المبررات الشرعية، فلا تعد الزوجة ناشزة في هذه الأحوال، وتظل نفقتها واجبة على الزوج.

ونتساءل هل يعتبر عمل الزوجة مخلاً بصحة التمكين مسقطاً لحقها في النفقة.

الرأي الراجح في المذهب الحنفي أن المرأة العاملة إذا رضي زوجها بعملها كانت لها النفقة، وإذا رفض عملها واستمرت فيه سقط حقها في الإنفاق عليها.

وإذا عدل الزوج بعد رضاه وطلب من الزوجة ترك العمل فالواجب طاعته، فإذا امتنعت سقطت نفقتها.

وقد حاول التشريع المصري للأحوال الشخصية فيما قننه من موضوعات، أن يساير روح العصر، وحاجة الأمة إلى عمل الأسرة، ورأى أن خروج المرأة للعمل المشروع إذا أذن لها زوجها أو عملت دون اعتراض منه، أو تزوجها عالماً بعملها لا يعتبر خروجاً بدون إذن، يترتب عليه امتناع التمكين، وسقوط النفقة، وقد نص القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على أنه لا يعتبر سبباً لسقوط نفقة الزوجة خروجها للعمل المشروع ما لم يظهر أن استعمالها لهذا الحق المشروط مشوب بإساءة استعمال الحق، أو مناف لمصلحة الأسرة، وطلب زوجها الامتناع عنه.

ولا يختلف النص الجديد عما نص عليه القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ في شأن المرأة العاملة، ولا يعتبر خروجها مسقطاً للنفقة إلاّ إذا توافر شرطان:

الشرط الأول: أن تسيء المرأة استعمال حقها في الخروج للعمل.

الشرط الثاني: أن ينافي هذا الخروج مصلحة الأسرة، فإذا لم يتوافر الشرطان فلا سقوط لحق المرأة في النفقة، وعند التنازع يحل الأمر بين الزوجين صلحاً أو قضاءً.

٣- أن تكون المرأة صالحة لمقصود الزواج: فإذا كانت الزوجة صغيرة لا تشتهي فلا نفقة لها، لأن احتباسها كعدمه، حتى لو كان ينتفع

بها في الخدمة أو الانتناس، على ما ذهب إليه ابوحنيفة ومحمد والجعفرية.

وذهب أبو يوسف إلى أن الزوجة إذا كانت صغيرة وغير مشتهاة واستبقاها الزوج في بيته للائتناس بها فلها النفقة رضاء بهذا الاحتباس الناقص، وإن لم يمسكها في بيته أو كانت طفلة لا تصلح لشيء فلا نفقة لها بحال.

وقول أبي يوسف هو القول المفتى به في المذهب، وعليه يجري العمل في القضاء المصري.

ولما المرأة المريضة مرضاً يمنع مباشرة الزوج لها، فالمفتي به أنها تستحق عليه النفقة مطلقاً، سواء أمرضت عنده بعد الزفاف أم قبل الزفاف، ولم تمتنع عن الانتقال إليه، لأن المرض طارىء وهي لا دخل لها فيه، وليس من حسن المعاشرة الزوجية ولا المروءة أن يكون هذا الطارىء مفوتاً لما يجب لها من النفقة، فلا فرق بين الصحيحة والمريضة على الرأي المفتى به في المذهب الحنفي، غير أن الأحناف قالوا: إذا مرضت قبل الزفاف مرضاً لا يمكنها معه الإنتقال إلى منزل الزوج، لا تجب لها نفقة لعدم التسليم أصلاً، لا حقيقة ولا حكماً، أما إذا انتقلت إلى منزل أبيها لتمرض فيه وطالبها الزوج بالعودة فلم يمكنها الانتقال فلها النفقة، فلا تعتبر ناشزة إلاّ إذا أمكنها الانتقال إلى منزل الزوجية فامتنعت.

والخلاصة أن الزوجة المريضة في الفقه الحنفي تستحق النفقة إلاّ في حالتين هما:

أ- أن تمرض قبل الزفاف مرضاً لا يمكنها معه من الإنتقال إلى منزل الزوجية لأن التمكين غير ممكن.

ب-إن مرضت بعد الزفاف في بيت أبويها ويدعوها للزوج إلى الإنتقال إليه فامتنعت وهي قادرة.

وقد نص القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على ما يلي: "ولا يمنع مرض الزوجة من استحقاقها للنفقة، وتشمل النفقة الغذاء والكسو والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضي به الشرع.

وقد عدل القانون في ذلك عن مذهب الحنفية، وأخذ بما ذهب إليه الزيدية، وتقتضيه نصوص فقه الإمام مالك من أن ثمن الأدوية وأجرة الطبيب من نفقة الزوجة، وهذا النص يشمل كل مرض وسواء تم العلاج في المنزل أو خارج المنزل، فالزوجة المجنونة التي دخلت مستشفى الأمراض العقلية لها النفقة -رغم فوات الاحتباس، لأن النص التشريعي يشمل كل مرض وكل أجرة علاج.

رما اختاره القانون هو الفقه العادل الذي توجبه العلاقة الزوجية، وترتضيه المروءة الإنسانية.

ولا يسقط سفر الزوج بعيداً عن زوجته حقها في النفقة، إلا إذا دعاها للسفر معه وامتنعت بغير عذر شرعي، ومن الأعذار الشرعية خوفها على نفسها لأن الزوج غير مأمون، أو لا يقصد من سفرها معه إلاّ الإضرار بها، والكيد لها، فهذه الأعذار وأمثالها لاتسقط حقها في النفقة بل تثبت لها في ذمة الزوج، لا يسقطها إلاّ الأداء أو الإبراء.

الزوجة المحبوسه:

الذى عليه الفتوى في المذهب الحنفي أن المرأة المحبوسة لاتستحق النفقة، سواء كان الحبس قبل انتقالها إلى بيت الزوجية أوبعده.

ويفرق الفقهاء بين أن يكون الحبس بسبب منها أو بسبب من الزوج، فإذا كان بسبب منها كأن حبست في جريمة ارتكبها فإن نفقتها تسقط مدة

الحبس، وإن كان الحبس بسبب من الزوج فلا تسقط نفقتها، لأنه رض ي بفوات حقه في الاحتباس بسبب منه.

وقد نص القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ في الفقرة الرابعة من المادة الثانية على أنه: "لا تجب النفقة للزوجة إذا ارتدت، أوامتنعت مختارة عن تسليم نفسها دون حق، أو اضطرت إلى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج، أو خرجت دون إذن زوجها".

وأشارت المذكرة الإيضاحية إلى أن حبس الزوجة يسقط النفقة حتى لو كان بغير حكم كما في حالة الاعتقال أو المنع من جانب الولي من انتقالها إلى بيت الزوجية.

ونفس الحكم يسري على المرأة المغصوبة أو المختطفة على الرأي المفتي به في المذهب الحنفي.

ومتى وجبت النفقة، فقد نصت الفقرة السادسة من المادة الثانية من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على اعتبارها ديناً في ذمة الزوج من تاريخ الامتناع عن الإنفاق مع وجوبه، ولا تسقط إلاّ بالأداء أو الإبراء، وقد استمدت هذه الأحكام من المذهب الشافعي.

إلاّ أن هذا الحكم ليس على إطلاقه، فقد قيد القانون حق المطالبة بالنفقة المتجمدة أو الماضية بسنة واحدة فقط، ونص على ألاّ تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى، ويلاحظ على هذا النص ما يلي:

أ- أنه أنقص مدة المطالبة بالنفقة الماضية عما كان مقرراً في المرسوم رقم ٨٧ لسنة ١٩٣١ فأصبحت في القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ سنة فقط بدلاً من ثلاث سنوات في القانون القديم.

ب- إن المشرع راعى في هذه المادة حال الزوجة وحال الزوج، راعى حال الزوجة بدعوتها إلى المبادرة بالمطالبة بحقها في النفقة قبل

مرور العام، وراعى حال الزوج بحمايته من كيد الزوجه والتوقف عن المطالبة بحقها في النفقة حتى تتراكم نفقة سنوات متعددة، ويعجز الزوج عن الدفع، فيكون الحبس مصيره المحتوم.

والرأي عندي أن القانون قد أنصف بهذا القيد، فالنفقة متجددة، المطالبة بها عن سنوات ماضية متعددة فيها إرهاق للمدين، وإضرار بالزوج.

وإذا كان القانون قد أجاز المقاصة بين دين النفقة، وبين ما يكون للزوج من دين على زوجته، إلاّ أنه قرر حماية للزوجة أنه لايقبل من الزوج التمسك بالمقاصة بين دين نفقة الزوجية وبين دين له عليها إلاّ فيما يزيد على ما بقي بحاجتها الضرورية.

والقانون فيه إتجاه واضح إلى حماية الزوجة من تعسف الزوج في مجال النفقات على وجه الخصوص، ودليل ذلك على ما يلي:

١-منع المقاصة بين دين النفقة وما يكون للزوج من ديون على الزوجة إلاّ فيما يزيد على ما يفي بحاجات الزوجة الضرورية.

٢-عند تزاحم الديون على مال الزوج، أعطى القانون حق امتياز لدين نفقة الزوجة على جميع أموال الزوج، ويتقدم في مرتبة على ديون النفقة الأخرى.

٣-قرر القانون أن على القاضي في حالة قيام سبب استحقاق النفقة وتوافر شروطها أن يفرض للزوجة ولصغارها منه في مدى أسبوعين على الأكثر من تاريخ رفع الدعوى، نفقة مؤقتة بالمقدار الذي يفي بالحاجات الضرورية، وتقرر النفقة بحكم غير مسبب واجب النفاذ فوراً إلى حين الحكم بالنفقة بحكم واجب النفاذ فوراً.

ولأن النفقة متجددة، وتستغرق وقتاً غير محدود، قد تتغير فيه الأسعار، وينخفض الدخل الحقيقي الذي تغطيه النفقة أو يزيد. لكل هذه

الاعتبارات يستطيع كل من الزوجين أن يتقدم للمحكمة مطالباً بتعديل النفقة، والأمر موكول إلى القاضي.

رابعاً : تقدير النفقة ومعيارها وطريقة الإنفاق:

١- تقدير نفقة الزوجة:

في تقدير نفقة الزوجة اختلف الفقهاء ويمكن جمع آرائهم في نظريتين:

أ- نظرية القول بالكفاية:

وهي المذهب المشهور لدى الأحناف، المالكية، والإمامية، والحنابلة، والظاهرية، والزيدية، ونسب القول بها إلى الشافعي.

وخاصة هذه النظرية، أنه ليس هناك تحديد لمقدار معين لنفقة الزوجة من قبل الشارع، سواء كان ذلك في الإطعام أو في غيره من المجالات، وإنما أوجب الشرع على الزوج أن يقوم بالإنفاق على زوجته بالقدر الذي يحقق الكفاية بالمعروف.

وقد استدل أصحاب هذه النظرية بأسباب منها:

- إن الأصل في التكليف عدم التقدير، فمن ادعاه فعليه الدليل.
- إطلاق أدلة وجوب نفقة الزوجة يقتضي الرجوع في مثله إلى العرف.

ب- نظرية القول بالتقدير:

وهي النظرية المعروفة عن الشافعي والشيخ الطوسي من الإمامية، كما نسب القول بها إلى أبي حنيفة، وفيها قول في المذهب الزيدي.

وخلاصة هذه النظرية أن الشارع لم يترك نفقة الزوجة من غير تقدير، وإنما جعل لها مقداراً معيناً، تبعاً لحالة الزوج يساراً وإعساراً، وعليه فلا يحق للزوجة أن تطالب بأكثر من المقدار الذي حدد لها شرعاً.

وتأصيل ذلك عند الشافعي وغيره أن النفقات كالكفارات في كونها مالاً تثبت بالشرع لأجل القوت، واستقر في الذمة.

ولا وجه لهذه النظرية لأن أدلة الشرع ليس فيها تحديد معين بل إيجاب إشباع الحاجات الأساسية للمرأة من سكن وطعام وكسوة وغيره.

٢- معيار النفقة:

ويقصد به ما يؤخذ في الإعتبار عن تحديد نفقة الزوجة، يمكن تلخيص آراء الفقه الإسلامي في النظريات الآتية:

أ- القول بمراعاة حال الزوج: وهذا هو رأي الكرخي من الأحناف، والمعروف عن الشافعية والزيدية، والظاهرية، وإليه ذهب الشيخ الطوسي من الإمامية.

وتدور نفقة الزوجة على هذه النظرية مع حالة الزوج المالية، وأهم دليل لأصحاب هذا الرأي قول الله سبحانه وتعالى: **﴿لينفق ذو سعة من سعته، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله﴾**.

ب- القول بمراعاة حال الزوجة: وهو رأي عند الحنابلة، والمذهب المشهور لدى أكثر الإمامية، واستدلوا على ذلك بما يلي:

* قوله تعالى: ﴿وعاشروهن بالمعروف﴾، وذلك لأن مقتضى توجيه الأمر إلى الأزواج بمعاشرة الزوجات بالمعروف هو الالتفات إلى رعايتهن، ومراعاة حالهن.
* قوله ﷺ لهند زوجة أبي سفيان: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف".
* إن نفقة الزوجة واجبة لدفع حاجتها، فكان الاعتبار بما تندفع به حاجتها دون حال من وجبت عليه.
* ولأن هذه النفقة وجبت على الزوج -بحكم الزوجية- ولم تقدر بمقدار معين، فكانت معتبرة بحال الزوجة نفسها، كمهرها.

جـ- القول بمراعاة حال الزوجين معاً: وهو الرأي المفتى به عند الأحناف، الحنابلة والمالكية، والنفقة فيه تابعة لحال الزوجين، فإن كانا موسرين كان لها عليه نفقة الموسرين، وإن كان الزوج موسراً والزوجة معسرة كان عليها نفقة المتوسطين، وإن كانت موسرة والزوج معسراً فلها أيضاً نفقة المتوسطين بشرط أن يدفع ما في وسعه ويبقى الباقي ديناً في ذمته حتى يستطيع.

وفي معيار تقدير النفقة، أخذ المرسوم قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بالنظرية النظرية القائلة باعتبار حال الزوج ونصت المادة السادسة عشرة منه على أنه "تقدر نفقة الزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسراً أو عسراً مهما كانت حالة الزوجة"

إلا أن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ اقترب قليلاً من الرأي القائل عتبار حال الزوجين، وقرر أن تقدر النفق بحسب حال الزوج وقت

استحقاقها يسراً أو عسراً على ألاّ تقل النفقة في حال العسر عن القدر الذي يفي بحاجة الزوجة الضرورية.

٣- طريق الإنفاق على الزوجة:

الإنفاق على الزوجة له طريقتان هما:

أ- طريقة التمكين:

وخلاصتها أن يكون في بيت الزوجية، ما تنفق منه المرأة على نفسها، فتأخذ منه ما يكفيها، ولا يتخصص ذلك بالإنفاق بل تستوعبه عناصر النفقة الأخرى، والتمكين هو الأصل في الإنفاق، لأن المودة والرحمة هما أساس العلاقة الزوجية.

ب- طريقة التمليك:

وتكون حال الاختلاف مع الزوج، والنزاع في أدائه واجب النفقة، فيرفع الأمر إلى القاضي، وما يحكم به من نفقة يكون ملكاً للزوجة، وديناً في ذمة الزوج من تاريخ الامتناع عن الإنفاق، لا يسقط إلاّ بالأداء أو الإبراء.

وإذا كان الإطعام والكسوة والمسكن والسكن هي العناصر الأساسية في النفقة، إلاّ أن مفهوم النفقة مرن يمكنه أن يستوعب عناصر أخرى أشار إليها بعض الفقهاء، وقد يفرضها ولي الأمر بسلطته في الاختيار بين الآراء، وبسلطته في تخصيص القضاء، ومثاله إلزام الزوج بنفقة الزوجة المريضة في القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥. إلاّ أن المسكن يحتل أهمية خاصة من بين عناصر النفقة ونفصل أحكامه فيما يلي:

المسكن الشرعي:

المسكن هو نفقة الزوجة بلا خلاف، فإن على الزوج أن يعد المسكن المناسب للزوجية، أو تطلب الزوجة من القاضي تقدير أجرة مسكن يؤويها، وتقدر الأجرة حسب حالة الزوج المالية، وحسب الأجور القائمة للمساكن.

ويشترط في المسكن ما يلي:

أ- أن يكون ملائماً لحالة الزوج الاجتماعية، فيه اللوازم الأساسية لحياة الأسرة، والعرف هو المحكم في مسكن أمثاله.

ب- أن يكون السكن خالياً من سكنى الغير، حتى لو كانوا من أهل الزوج وأولاده، واستثنى الولد غير المميز، فلا يحق للزوج أن يجبر زوجته على إسكان أهله وأولاده الكبار معها، وليس للزوجة أن تسكن معها أحداً من أولادها من غيره وأقاربها بدون رضاء الزوج.

وذهب الجعفرية إلى أنه لا يجوز أن يسكن الزوج أحداً مع زوجته ولو كان ولده الصغير لقوله تعالى: ﴿ **ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن**﴾.

جـ- أن يكون المسكن بحالة تأمن فيه الزوجة على نفسها ومالها، وعند النزاع يسند أمر التأكد من شرعية المسكن إلى القاضي.

امتناع الزوج عن أداء النفقة المفروضة:

النفقة لا تسقط إلاّ بأداء أو إبراء، فإذا امتنع الزوج عن أداء النفقة بعد صدور حكم نهائي، كان للزوجة أن ترفع أمرها إلى المحكمة المختصة طالبة حبسه للامتناع عن أداء ما حكم لها من نفقة، ويتجدد الحبس بتجدد النفقة وتجدد الامتناع، ولا يؤثر حبس الزوج في النفقة فتظل ديناً في ذمته، لأن الحبس عقوبة على امتناعه، فلا يترتب عليه استيفاء أو سقوط، ولا يحبس الزوج في الحالات الآتية:

أ- إذا كان الزوج معسراً، لأن قدرة الزوج على الأداء شرط في حبسه عند الامتناع، وإذا ظهر الإعسار بعد الحكم بالحبس يوقف تنفيذ الحكم ويفرج عن الزوج في الحال.

والأصل في النفقة الإسلامي أن مدة الحبس متروك تقديرها للقاضي لأن الحبس لحمل الزوج على الأداء وإكراهه عليه، وهذا أمر يختلف فيه الناس. ولكن التشريع في مصر لم يجعل الحبس في دين النفقة سلطة تقديرية كاملة للقاضي، بل لا يحبس القضاة في مصر في دين النفقة أكثر من ثلاثين يوماً، وهذا ما نصت عليه المادة ٣٤٧ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١.

ب- إذا سدد الزوج جميع المحكوم به عليه بالحبس من أجله وقدم ما يفيد براءة الذمة.

جـ- إذا أودع الزوج مبلغ المحكوم عليه بالحبس من أجله خزانة المحكمة ليصرف منه على الزوجة بغير قيد أو شرط.

د- إذا قدم كفيلاً بدين النفقة، ثبت اقتداره بمصادقة الزوجة، أوبقرار من المحكمة.

وهذا ما جاءت به المادة رقم ٣٤٧ السابقة ونصها: "إذا امتنع المحكوم عليه من تنفيذ الحكم الصادر بالنفقات أو في أجرة الحضانة أوالرضاع، أو السكن، يرفع ذلك إلى المحكمة الجزئية التي أصدرت الحكم أو التي بدائرتها محل التنفيذ، ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به ولم يؤد حكمت بحبسه، ولا يجوز أن تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوماً، أما إذا أدى المحوم عليه ما حكم به أوأحضر كفيلاً فإنه يخلي سبيله، وهذا لا يمنع من تنفيذ الحكم بالطرق العادية.

وقد سبق القول أن النفقة طبقاً للفقرتين السادسة والسابعة من المادة الأولى من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ تتميز بما يلي:

أ- أن نفقة الزوجة تعتبر ديناً على زوجها من تاريخ امتناعه على الإنفاق عليها مع وجوبه، ولا يسقط متجمد النفقة إلا بالأداء أوالإبراء، وقد أخذ القانون برأي الأئمة الثلاثة، كما كان عليه الحال في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

ب- أن دعوى الزوجة بنفقة ماضية، لا تسمع فيها لأكثر من سنة سابقة على تاريخ رفع الدعوى.

وتعتبر الدعوى مرفوعة بإيداع صحيفتها قلم الكتاب، ويكون تاريخ الإيداع هو نهاية السنة التي تسمع فيها دعوى النفقة عنها، والسنة في مجال الأحوال الشخصية هي السنة الهجرية إلا ما نص القانون على خلافه.

وعدم سماع الدعوى عن النفقة المتجمدة لأكثر من سنة، لا يسقط حق الزوجة ولا يبرئ الزوج وإنما فقط يمنع من سماع الدعوى قضاء، والزوج آثم ديانة بعدم الوفاء بحق الزوجة في النفقة ولايسقط حقها ديانة إلاَّ بأداء كامل أو إبراء كامل.

وقد أخذ القانون المصري بما ذهب إلى جمهور الفقهاء من أن نفقة الزوجة تسقط بالإبراء سواء كان مصدرها حكم القاضي، أوتمت بالتراضي.

أما في لبنان فإن المحاكم الجعفرية تقضي بمذاهبها الذي ينص على عدم سقوط النفقة المتجمدة. مهما طالت مدتها من غير توقف على قضاء سابق أو اتفاق بين الطرفين.

أما المحاكم السنية. وهي تسير على مقتضى قانون العائلة العثماني ما دام هناك نص، وبالمذهب الحنفي عند غياب النص، فقد نصت المادة ٩٥ من قانون العائلة على سقوط النفقة الماضية قبل التقدير والتعجيل، والمراد بالتقدير هذه ما يشمل التراضي وحكم القاضي.

الفصل الثاني

حقوق الـزوج

يرتب الزواج -كغيره من العقود- حقوقاً متبادلة للطرفين، وهي حقوق متقابلة ومتعادلة، فالوسطية في الإسلام، وهي مبدأ عام، تنعكس على الفروع الفقهية، وتقيم تناسقاً في الواجبات، وتوازناً في الحقوق، يجعل الأسرة بمنأى من التمزق والانهيار، ويحمل الطرفين -الرجل والمرأة- عبء حمايتها والدفاع عنها.

ونعالج في هذا الفصل أهم حقوق الزوج في مبحثين.

المبحث الأول: حق الطاعة.

المبحث الثاني: ولاية التأديب.

المبحث الأول

حق الطاعـــة

ماهية الطاعة: ويقصد بها التزام الزوجة بالإنقياد للزوج في الحقوق المترتبة على عقد الزواج.

والانقياد للزوج لا يعنـي استسلام الزوجة لـه، والاستجابة لرغباته المشروع منها والممنوع، وإنما هي انقيـاد بـالمعروف وفـي المعروف، وهو ما أمر به الشرع وأباحه، فالطاعة هنا ليست مطلقة، وإنمـا يحدهـا نطاق من الأحكام الشرعية لا تتجاوزه أوتتعداه.وصـور الطاعـة التـي هي التزام على الزوجة لا تقع تحت حصر، بعضهـا مـادي وبعضهـا معنوي. ويجمعهمـا معاً كون المـرأة راعيـة فـي بيت زوجهـا يقـول الرسول ﷺ "كلكم راع، وكلكم مسـئول عـن رعيتـه، والأمـير راع، والرجل راع على أهل بيته، والمرأة راعية على بيت زوجها وولده".

وأهم مـا ينطـوي عليـه حق الطاعـة جانبـان همـا الانتقـال إلـى بيت الزوجية والقرار فيه، واستئذان الزوج والاستجابة لحاجاته.

ويؤسس البعض حـق الطاعـة علـى فكـرة القوامـة استناداً إلـى قولـه تعالى: ﴿الرجال قوامون على النساء﴾.

والرأي عندي أن حق الضاعة مستمد مـن عقد الـزواج، ومـا تـترتب عليه من آثار شرعية. وكما أن عقد الزواج له جانب عبادي، فإن طاعة الزوجة زوجها فيها هذا الجانب. روى أبو يعلى والـبزار عن أنـس ﷺ أن الرسول ﷺ قال: {أتت النساء رسـول اللـه ﷺ فقلن يـا رسـول اللـه ذهب الرجال بالفضل بالجهاد في سبيل الله فما لنا عمل ندرك بـه عمـل الجهاد في سبيل الله، فقال مهنة إحداكن في بيتها تدرك عمل المجاهدين في سبيل الله".

أولاً : الانتقال إلى منزل الزوجية والقرار فيه:

وظيفة المرأة في الأسرة أساسية، وهي لا تتحقق إلا بانتقالها إلى منزل الزوجية والقرار فيه، حتى تمارس حقها في مواجهة الزوج، وتؤدي واجباتها التي للزوج، وتقوم بوظائفها في رعاية الأسرة، وإنجاب الأولاد وترتيبهم، وانتقال الزوجة إلى بيت الزوجية واجب قضاء وديانة.

شروط الانتقال إلى منل الزوجية:

أ- أن يهيىء الزوج المسكن الشرعي الملائم.

ب- أن يؤدي لها المعجل من مهرها.

جـ- أن يدعوها إلى الدخول في طاعته مع عدم وجود المانع الشرعي.

فإذا توافرت هذه الشروط، وجب شرعاً أن تنتقل الزوجة إلى بيت الزوجية. وإلا اعتبرت ممتنعة عن الوفاء بحق الطاعة، وتعتبر ممتنعة -كما نص القانون- إذا لم تعد إلى مسكن الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة بإعلان على يد محضر، لشخصها أو من ينوب عنها، وعليه أن يبين في هذا الإعلان المسكن الذي يدعوها إليه ببيانات كافية. وللزوجة الاعتراض على هذا أمام المحكمة الابتدائية خلال ثلاثين يوماً من تاريخ هذا الإعلان، وعليها أن تبين في صحيفة الاعتراض الأوجه الشرعية التي تستند إليها في امتناعها عن طاعته وإلا حكم بعدم قبول اعتراضها، واعتبرت ممتنعة بحكم النص.

وللمحكمة أن تبحث شرعية المسكن إذا كان اعتراض الزوجة منصباً على انتفاء شرعيته، ولها أن تأمر الزوج بإعداد المسكن المناسب، إذا

ظهر لها أن المسكن الذي حدده الزوج غير مستوفٍ لما يجب توافره شرعاً أو عرفاً.

وتنتقل الزوجة إلى بيت الزوجية، حتى لو كان في بلد آخر غير بلد أهلها، أو في دولة أخرى، طالما كان المسكن شرعياً، ولم يكن المقصود من الانتقال إليه الإضرار بالزوجة. جاء في الفتاوي الطرسوسية "ينبغي للحاكم -أي القاضي- أن يستكشف عن حقيقة الحال، وينظر في طلب الزوج السفر بأهله طلب مضاره ... فلا يجيبه إلى ذلك وخصوصاً إذا لم يكن مأموناً عليها ويحكم لها بالمنع". فسلطة القاضي تقديرية عند الإستجابة إلى طلب الزوج. ولكن ما الحكم إذا تعهد الزوج بعدم نقل زوجته من بلدها الذي دخلت فيه؟

اختلفت أحكام القضاء باختلاف آراء الفقهاء، والذي نراه أن للزوج أن ينقل زوجته إلى مسكن الزوجية الذي يعده في المكان الذي اختاره، طالما كان مأموناً عليها ولم يقصد الإضرار بها.

وقد قضت محكمة امبابة الشرعية في ١٩٤٤/٢/٦ أن الطاعة واجبة على الزوجة لزوجها متى توافرت شروطها وثبتت أمانته عليها وعدم قصده المضارة، فلا يمنع من ذلك النص في قسيمة الزواج على أن يقبل زواجها بشرط الإقامة في منزل معين، وأنه ليس له نقلها لأية جهة أخرى إلا برضاها، لأن هذا على فرض حصوله من قبيل الالتزام بما لا يلزم.

ثانياً : استئذان الزوج:

الإسلام حريص على حقوق الزوج، حتى لا تتعرض الحياة الزوجية لعواصف عاتية، قد تأتي على البناء الأسري من أساسه، واستئذان

الزوج أحد جوانب حق الطاعة، الذي أثبته الإسلام للزوج بمقتضى عقد الزواج.

١- الإستئذان في مجال العبادات:

أ- إذا سافرت المرأة لأداء فريضة الحج، فعليها استئذان زوجها عند الأحناف، إلا أن أبا حنيفة ومحمد قالا بسقوط نفقتها لفوات الاحتباس بسبب من جهتها، ويرى أبو يوسف أنها تستحق النفقة حال السفر لأن أداء الحج ضرورة دينية يغتفر معها فوات الاحتباس، لقيام العذر الشرعي.

والمنصوص عليه في الفقه الجعفري أن الزوجة إذا سافرت بإذن الزوج فلا تسقط نفقتها لأن في إذنه إسقاط منه لحقه، فيبقي حقها، وسواء سافرت لمصلحته أو مصلحتها لواجب، أو مندوب، أومباح، وإذا سافرت من غير إذنه فإذا كان السفر لواجب كالحج، فلا تسقط نفقتها حيث لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق، وإن لم يكن لواجب، فلا نفقة لها. وهذا تفصيل حسن، يدل على إدراك فقهي عال.

ب- وليس للزوّجة صوم نفل أو تطوع إلا بإذنه لقوله ﷺ "لا يحل لامرأة أن تصوم، وزوجها شاهد إلا بإذنه، ولا تأذن في بيته إلا بإذنه" والمقصود بالصوم هنا صوم التطوع كما فسره رسول الله ﷺ في حديث آخر، وللزوج منع زوجته من الخروج إلى المساجد.

٢- في مجال المعاملات:

أ- للرجل على المرأة ألا تخرج من بيته دون رضاه، حتى ولو كانت لعمل أو زيارة مريض، وأجاز الأحناف خروج المرأة بغير إذن زوجها إذا مرض أحد أبويها، ويكره عند الشافعية منعها من عيادة أبيها إذا أثقله المرض، وحضور مواراته إذا مات، لأن منعها مما ذكر يؤدي إلى النفور ويغريها بالعقوق.

وقد أباح القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ للزوجة الخروج من مسكن الزوجية دون إذن زوجها في الأحوال التى يباح فيها ذلك بحكم الشرع مما ورد به نص أو جرى به عرف أو قضت به ضرورة ، كخروجها لتمريض أحد أبويها أو تعهده أو زيارته أوخروجها إلى القضاء للمطالبة بحقها، أوخروجها لقضاء حوائجها التي يقضي بها العرف أو لضرورة كما إذا شب حريق بالمنزل، أوكان المنزل في حالة انهيار، والفقه الإسلامي على الجملة لا يمنع هذا التجاه التشريعي بل يسنده ويؤيده، طالما كان الخروج شرعياً شكلاً ومضموناً.

ب- ليس للزوجة أن تعمل إلا برضاء الزوج، لأن العمل فيه فوات الاحتباس وقت العمل، وفوات الإستئذان عند الخروج، وكلاهما من حقوق الزوج، يقول ابن عابدين في تحريره لهذه المسألة والذي ينبغي تحريره أن يكون له منعها عن كل عمل يؤدي إلى تنقيص حقه أوضرره أوالخروج من بيته. أما العمل الذي لاضرر فيه فلا وجه لمنعها خصوصاً في حال غيبته من بيته.

وقد اعتبر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ومن قبله المرسوم بقانو رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أن خروج المرأة للعمل مشروع، بالشرط التالية:

- أن يكون الزوج قد أذن لها بالعمل.

* أو أن تكون قد عملت دون اعتراض منه.
* أو إذا تزوجها عالماً بعملها.

وللزوج مطالبة الزوجة بالإمتناع عن العمل حتى مع توافر هذه الشروط متى ثبت أن عملها يتنافى مع مصلحة الأسرة، أو كان مشوباً بإساءة استعمال الحق.

ثالثاً : جزاء عدم الطاعة:

كانت القوانين السابقة على القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ تسوق الزوجة جبراً إلى منزل الزوجية في حال عدم الطاعة، واكتفى التشريع الحالي بسقوط حق الزوجة في النفقة باعتبارها ناشزاً في هذه الحال، ولا تجبر على الطاعة، خاصة وأن الإكراه لا يحقق مضمون الطاعة، ونتائجه السلبية على الزوجة والأسرة كثيرة، ويكفي أن تعامل الزوجة بآثار نشوزها.

فسقوط نفقة الزوجة هو جزاء إخلالها بحق طاعة الزوج متى توافرت شروط ذل وأسبابه ودواعيه.

وإلغاء الطاعة الجبرية جاء استجابة لنقد الفقه الإسلامي المعاصر، فلا يوجد في الشريعة الإسلامية، ولم يقل أحد من الفقهاء إن تنفيذ حكم الطاعة بالقوة الجبرية جائز. ومشروع الأ... الشخصية للمسلمين الذي أقره مجمع البحوث الإسلامية نص ...ي الفقرة الأولى من المادة (٨٤) على أنه "لا يجوز بحال من الأحوال تنفيذ الحكم بالطاعة عن طريق الشرطة".

وهذا الاختيار هو الذي يتفق مع مبادىء الش...ة الإسلامية والتي تلزم الزوجة بالإنتقال إلى منزل الزوجية والقرار فيه، ولكن الإلزام شيء، والإكراه شيء آخر.

المبحث الثاني
ولاية التأديب

للرجل رئاسة عامة في البيت، على زوجته وعلى أرلاده، وهي رئاسة عليها واجبات، ولها سلطات، أما واجباته فهي كثيرة غير محصورة، متجددة ومتعددة، وأما سلطاته فهي محدودة في المجال، محددة في الإمكانات، وإن كانت في مجال علاقته بأبنائه أوسع نطاقاً منها في علاقته بزوجته.

وأساس هذه الرئاسة ما جاء في قوله تعالى في سورة النساء: **﴿والرجال قوامون عن النساء بما فضّل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم﴾**.. فهذا الجزء من الآية يتحدث عن الرئاسة العامة للرجل في بيته، أما سلطاته على زوجته خاصة في ولاية التأديب فدل عليه قوله تعالى في نفس الآية: **﴿فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً إن الله كان علياً كبيراً﴾**.

فالنساء نوعان في هذه الآية، الصالحات من النساء، أدين حقوق الزوج، وقمن بواجبات الزواج، وهؤلاء لسن في حاجة إلى تأديب، بل لهن من التقدير والمكانة في الأسرة مثل ما للزوج من المكانة والتقدير.

والنوع الثاني غير الصالحات من النساء، الخروج على الزوج ديدنهن، والعصيان طبع فيهن، وهؤلاء في حاجة إلى تهذيب يصلح به حال الزوجة والأسرة معاً، فإذا تعذر الإصلاح فالفراق هو الملاذ الأخير.

فالتأديب في تطبيقه لا يتعلق بكل زوجة، وإنما الزوجة المشاكسة الناشزة، وإذا كان واجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، أسنده الشارع لكل أحد، فإن صلاح الأسرة يفرض واجبات عينية على الرجل -وهو رئيس الأسرة- تأتي في مقدمتها إصلاح شأن امرأته، لأن في صلاحها صلاح البيت كله، بل المجتمع كله.

١- وسائل التأديب:

تتعدد وسائل التأديب وتتنوع، ولكن الشارع الحكيم حددها في وسائل ثلاثاً لا يتجاوزها الزوج، وإنما يختار منها ما يلائم حال الزوجة ونوع المعصية، وهناك إلزام على الزوج بأن يبدأ بالأخف ثم الأشد، فالتناسب بين الفعل ووسيلة التأديب لا يخل بالترتيب -كما يقول الكاساني- حيث ترجى فعالية التأديب، وبلوغ المقصد منه.

أ- الموعظة الحسنة:

وهي من وسائل التأديب العامة، وفي مجال الأسرة تعد من أهم واجبات الزوج، لأنه مسئول عن رعيته، فإذا رأى من زوجته شططاً في سلوك، أو خطأ في قول، فلينبه على الخطأ، وليأمر بالمعروف، وقد تكون الكلمة الحسنة، والتوجيه الرقيق من أشد وسائل التأثير على المرأة، خاصة وأنها تريد أن تكون حسنة المخبر والمظهر أمام زوجها وأبنائها.

وإذا كانت الموعظة الحسنة إحدى وسائل حق التأديب الممنوح للزوج، فإن الموعظة الحسنة من المرأة لها أهميتها باعتبارها إحدى وسائل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وهو واجب على المرأة والرجل معاً في داخل الأسرة وفي خارجها.

ب- الهجر في المضجع:

ويقصد به هجر الزوجة، لا مغادرة منزل الزوجية، والهجر لفظ يستوعب الخصوصيات التي بين الرجل والمرأة، من اتصال ونجوى وتبادل للعواطف والأفكار، وقد اختلف الفقهاء في صوره، فقيل يبيت الرجل في حجرة غير حجرتها، أو في فراش غير فراشها، والرأي عندي أن معنى الهجر يفهمه الزوجان، وللزوج أن يختار ما يراه أدعى إلى كبح جماح الزوجة، وردها إلى صوابها، ولا يحل أن يمتد الهجر إلى أربعة أشهر وهي مدة الإيلاء المقدرة شرعاً، لأن الهجر باعتباره وسيلة تأديب، لا ينبغي أن يشتد فيطغى على حق الزوجة في الإتصال بزوجها، هنا يزيد التأديب عن حده، وقد ينقلب إلى ضده.

جـ- الضرب:

الضرب إحدى وسائل العلاج، هذا ما يقوله علماء نفس الطفل، وعلماء نفس المرأة، وأساتذة علم العقاب ورجال القانون، ومحاولة تشويه صورة الضرب، باعتباره ضد الحضارة والتقدم والرقي، تنكر للحقائق، وإغفال للواقع الذي يقوم عليه البناء التربوي، والبناء التشريعي في كل أمم العالم.

ولأن الزوج ليس حاكماً بل هو أشبه بالحكم في أسرته، فقد حدد الشارع سلطته في التأديب بالضرب بأمرين:

الأمر الأول: أن الضرب هو الملاذ الأخير لعلاج امرأة لم يعد يجدي في إصلاحها الوعظ والتوجيه والهجر.

الأمر الثاني: أن الضرب المسموح به للزوج هو الضرب غير المبرح وهذا تحديد في النوع، وألا يمتد إلى الوجه وهذا تحديده في

المكان، والمقصود بذلك ألا يكون ضرب المرأة سبيلاً إلى الإهانة، أوطريقاً إلى الانتقام بضرب الوجه الذي يظهر للناس، فإذا كان الهجر ينبغي ألا يشيع ويعلن، فكذلك الضرب ينبغي ألا يشيع ويعلن، وإذا كان الهجر مكانه البيت، فالضرب أيضاً مكانه البيت، حتى لا تصبح أسرار البيوت حديث الناس، وحتى لا تشيع المنكرات في مجتمع المسلمين.

روي أن رسول الله ﷺ سأله رجل: ما حق المرأة على الزوج؟ قال: تطعمها إذا طعمت وتكسوها إذا اكتسيت، ولا تضرب الوجه، ولا تقبح، ولا تهجر إلا في البيت.

٢- تجاوز حق التأديب:

لا ينبغي للزوج أن يسيء استعمال حقه، فيؤدب بلا سبب، ويهجر ويضرب دون مبرر، ويتجاوز الحد المسموح به في الهجر أو الضرب، فيزيد الهجر عن أربعة أشهر، ويشتد الضرب إلى المبرح منه، أو يؤذي الزوجة في وجهها أو أي عضو من أعضائها، فإذا زاد الزوج عن القدر اللازم كان متعدياً، وتواجه الزوجة تعديه بأمرين هما:

أ- الشكوى إلى القاضي:

للمرأة إذا تجاوز الزوج حق التأديب أو أساء استعماله أن تلجأ إلى القاضي تشكو زوجها وتشرح سوء ما أصابها، وللقاضي سلطة تقديرية في الصلح بين الزوجين، أو الحكم بعقاب الزوج، فالضرب باعتباره من صور التأديب سلطة استثنائية للزوج، فإذا تجاوز أوأساء عاد الأمر إلى أصله، وأصبح الضرب معاقباً عليه، وحق الز. جة وغيرها في ذلك سواء، وقد قضت محكمة تلا في ١٩٣٠/٤/١٣، بأنه إذا ضرب الزوج

وقضت محكمة مصر الإبتدائية الشرعية في ١٩٣١/١١/٢٣ بأن ضرب الزوج لزوجته ضرباً مبرحاً يجعله غير أمين عليها فلا تلزم طاعته.

ب- حق طلب التفريق للضرر:

أجاز القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ للزوجة حق طلب مفارقة الزوج وتطليقها منه، لما أصابها من ضرر، والضرب بغير حق شرعي من صور الإضرار التي تجيز التطليق.

وقد نص مشروع تقنين الأحوال الشخصية المصري في المادة ٥٥ منه على أنه: إذا تعدى الزوج على زوجته بالقول أو بالفعل أوبما لايليق بأمثالها جاز للمحكمة إسقاط حقه في متابعتها مدة لاتزيد عن ستة أشهر من تاريخ الإسقاط، وذلك دون الإخلال بحق الزوجة في النفقة وطلب التفريق.

وهذا اجتهاد محمود، وإن كنا نرى إنقاص المدة إلى أربعة أشهر بدلاً من سنة، قياساً على مدة الإيلاء.

الفصل الثالث

الحقوق المشتركة بين الزوجين

لا يثبت الزواج للمرأة حقوقاً تنفرد بها فحسب، وللزوج حقوقاً يختص بها دون المرأة، بل إنه يثبت مجموعة من الحقوق المشتركة، يتساوى أمامها الرجل والمرأة، وتجب لكل منهما على الآخر.

وينقسم هذا الفصل إلى مبحثين :

المبحث الأول: حق الزفاف والإعفاف .

المبحث الثاني: التوارث وثبوت النسب وحرمة المصاهرة.

المبحث الأول

حق الزفاف والإعفاف

لا تتحقق مقاصد الزواج إلاَّ بانتقال الزوجة إلى بيت الزوجية، والاتصال الجسدي والروحي بين الزوجين، حتى تكتمل المودة والرحمة، ويبدأ التناسل والإنجاب، ويشبع كل من الزوجين حاجات صاحبه.

أولاً: حق الزفاف:

ويقصد به عند الفقهاء الدخول بالزوجة والإقامة معها أيام العرس الأولى، وقد سماه بعض الفقهاء بحق الزفاف، وسماه البعض الآخر بحق العقد.

وحق الزفاف ينطوي على أمرين: الدخول بالزوجة، والبقاء معها أيام العرس الأولى.

أ- حق الدخول:

وقد أجمع الفقهاء على أن حق الدخول ثابت للرجل والمرأة، فأغراض الزواج لا سبيل إلى تحققها إذا ظل كل من الزوجين بعيداً عن صاحبه أو متأبياً عليه.

ومن هنا على المرأة التي تملك أمرها، وقد استوفت مهرها أو المعجل منه، أن تسلم نفسها في منزل الزوجية متى طلب إليها ذلك من جهة الزوج، ولتعط مدة كافية لتهيئتها للزفاف. ومنزل الزوجية هو منزل الزوج نفسه، أو أي منزل رضيه أو اختاره. ولها أن تدخل في منزلها أومنزل أبيها متى اشترطت ذلك. وليس لها أن تماطل أو تمتنع وإلاَّ ثبت النشوز، وما يترتب عليه من سقوط النفقة وغيره.

وإذا طلبت هي الزفاف أو طلبه وليها إذا كانت قاصراً، أو بعد استئذانها إن كانت رشيدة، فعلى الزوج في هذه الحالة أن يلبي رغبتها بعدمضي مدة الإمهال المعتادة، وليس له أن يماطل أويسوف وإلاَّ أصبح في موقف النشوز الذي يسقط حقوقه وثبت حقوق زوجته. ويرى الإمام "أشهب" أن المماطلة في الزفاف توجب العرض على القضاء ليصدر فيها حكمه.

ويرى الحنابلة في حالة مماطلة الزوج في الزفاف، إمهال الزوجة أربعة أشهر، يكون لها بعدها حق مقاضاة زوجها وطلب التفريق بينها وبينه أخذاً من شرعية الإيلاء وقياساً عليه.

وقد نص الشافعية على أن للزوج أن يمتنع عن زفاف زوجته الصغيرة، فهذا عذر مشروع لأن الدخول بالصغيرة لا يكتمل به حق الزفاف.

ويرى بعض الفقهاء أنه لا بأس من التمهل في الزفاف زمناً، قد يطول بعض الشيء، ويتجاوز المألوف في الظروف العادية، إذا كان الغرض التخلص من عذر صحيح قائم يرجى على الزمن زواله، كصغر أو مرض تضر معه ممارسة الحياة الجنسية أولاتطاق. بل نص الحنابلة على أن الأصح عندهم أن المرأة إذا كانت في دور حيضها لها أن تمتنع عن الزفاف حتى تفرغ منها، [illegible] على أنها تمتنع إذا بعث إليها زوجها من بلدة بعيدة رجلاً أجنبياً لينقلها إليه.

وقد اتفق العلماء على أن الإقامة في حق الزفاف تتحقق بالمبيت ليلاً عند الزوجة الجديدة، فإذا امتنع عليه المقام عند الزوجة الجديدة، بعذر أوعمل أو ترك المقام عندها ليلاً لغير عذر وجب القضاء لها، حتى وإن كان خروجه لأداء واجب، حيث لا يجوز أداء واجب على حساب

واجب آخر، وهو حق الزوجة في الزفاف، وبخاصة أن حق الزفاف واجب الأداء، يقول "الخطيب الشربيني" الفقيه الشافعي في كتابه "مغني المحتاج" ما يلي: "ولا يتخلف بسبب الزفاف عن الخروج للجماعات وسائر أعمال البر كعيادة المرضى وتشييع الجنازة مدة الزفاف إلاّ ليلاً، فيتخلف وجوباً، تقديماً للواجب".

٢- حق الإقامة أيام العرس الأولى:

حق الإقامة يقصد به بقاء الزوج مع زوجته أياماً بعد الدخول، تزول فيها الوحشة وتتحقق الألفة، ويستغرق الزوجان معاً في تخطيط لحياة جديدة سعيدة.

واشترط الفقهاء في الإقامة أن تكون متصلة ومتتالية.

واختلف الفقهاء هل تشمل الليل فقط أم الليل والنهار؟

وأكثر الفقهاء على أن الإقامة المتصلة مع الزوجة الجديدة تشمل النهار أيضاً.

ويرى الحنابلة أن حق الإقامة في الزفاف عماده الليل، وله الخروج نهاراً لمعاشه، وقضاء حقوق الناس، وإن تعذر عليه المقام عندها ليلاً – كما جاء في المغني– لشغل أو حبس، أو ترك ذلك لغير عذر قضاه لها، وله الخروج لصلاة الجمعه، فإن النبي ﷺ لم يكن يترك الجماعة لذلك، ويخرج لما لا بد منه، فإن أطال قضاه، وإن كان يسيراً فلا قضاء عليه.

مدة الإقامة:

اختلفت آراء الفقهاء في مدة الإقامة وأهمها رأيان:

الرأي الأول: جمهور الفقهاء يقولون بأن مدة حق الزفاف للزوجة الجديدة، الإقامة عند البكر سبع ليال، وعند الثيب ثلاث ليال. واستدلوا لذلك بحديث أنس ﷺ، "فقد روي عنه أنه قال من السنة إذا تزوج الرجل البكر على الثيب أقام عندها سبعاً وقسم، وإذا تزوج الثيب على البكر، أقام عندها ثلاثاً ثم قسم".

الرأي الثاني: وقد ذهب إليه الكوفيون وخلاصته أن البكر والثيب سواء في مدة حق زفاف الزوجة الجديدة، وذكروا أنها ثلاثة أيام، واستدلوا لذلك بحديث أم سلمة، فقد روي عنها : أن النبي ﷺ لما تزوجها أقام عندها ثلاثة أيام، ثم قال : "إنه ليس بك هوان على أهل، فإن شئت سبعت لك، وإن سبعت لك سبعت لنسائي".

ورأي جمهور الفقهاء هو الأرجح لقوة أدلته. أما الأحناف فلم يقولوا بحق الزفاف للزوجة الجديدة –أي حق الإقامة– حيث قالوا بالمساواة بين القديمة والجديدة، والبكر والثيب، وعللوا ذلك بأن حق الزفاف –في حالة تعدد الزوجات– يتعارض مع القسم لأمرين:

الأمر الأول: تمييز الزوجة الجديدة بأيام تختص بها عن بقية الزوجات الأخريات.

الأمر الثاني: تمييز البكر عن الثيب في مدة حق الزفاف، فحق الزفاف –عند التعدد– لا وجود له عند الأحناف، لأن أدلة القسم بين الزوجات لم تفرق بين القديمة والجديدة، بين البكر والثيب، وهي أدلة قوية من الكتب والسنة.

قال ابن عابدين: "والبكر والثيب، والجديدة والقديمة، والمسلمة والكتابية، سواء، لإطلاق الآية"، قال تعالى: ﴿ولن تستطيعوا أن تعدلوا﴾ في المحبة، "فلا تميلوا" في القسم.

وقد وفق الأحناف بين حق القسم وحق الزفاف فقالوا: إن الزوجة الجديدة إذا كانت بكراً تقدم في القسم، وذلك بالإقامة عندها سبعة أيام، وإن كانت ثيباً تقدم في القسم بالإقامة عندها ثلاثة أيام. ولا تتميز الزوجة الجديدة بهذه الأيام، وإنما تحسب من أيام القسم وتعوض الأخريات بمثلها.

أما الزوجة المنفردة فيثبت لها حق الزفاف باتفاق الفقهاء، وليس لها أكثر من الثلاث أو السبع حسب ما إذا كانت ثيباً أو بكراً. وعند امتناع الزوج عن الزفاف، يرفع الأمر إلى القاضي ليصلح بين الزوجين، أويفرق بينهما للضرر الذي أصاب الزوجة.

ثانياً : حق الإعفاف:

ويقصد به الإتصال الجنسي، فلكل من الزوجين حق الاستمتاع بصاحبه، وذلك أمر تدعو إليه الفطرة والطبيعة البشرية، فعلى كل منهما -كما قيل بحق- أن يجيب داعي الطبيعة، ولا يمتنع على صاحبه ما لم يكن هناك ما يمنع الإجابة كالحيض، أو النفاس، أوالمرض، أو ما أشبه ذلك.

أ- ضرورة الإتصال اجنسي: بالنسبة للزوجة، يجب عليها الإستجابة لزوجها عند طلبها للفراش، وتلعن في الحديث إذا امتنعت بغير عذر مشروع. أما بالنسبة للزوج فإن اتصاله بزوجته واجب ديانة، أي فيما بينه وبين الله تعالى، ويلزمه شرعاً أن يعف زوجته ويبعدها عن الوقوع في الحرام، متى كان قادراً على ذلك، وإن اختلفوا فيما يلزمه قضاء، فقال بعضهم يلزم الزوج أن يتصل اتصالاً جنسياً بزوجته في كل أربع ليال مرة، وهي رواية الحسن بن زياد عن أبي حنيفة،

واختارها الطحاوي، ووجه هذا القول: أن كعب بن سور كان جالساً عند عمر بن الخطاب ﷺ فجاءت امرأة وقالت: يا أمير المؤمنين إن زوجي يصوم النهار، ويقوم الليل. فقال عمر: ما أحسنك ثناء على زوجك، فقال كعب: يا أمير المؤمنين إنها تشتكي إليك زوجها، فقال عمر: وكيف ذلك؟ فقال كعب، أنه إذا صام النهار وقام الليل فكيف يتفرغ لها؟ فقال عمر لكعب: أحكم بينهما فإنك فهمت من أمرها ما لم أفهم، فقال كعب أراها إحدى نسائه الأربع يفطر لها يوماً، ويصوم ثلاثة أيام، فاستحسن عمر ذلك منه، وولاه قضاء البصرة.

وقال بعض الفقهاء: يلزم الزوج أن يتصل بزوجته كل أربعة أشهر مرة، واستدلوا على ذلك بمدة الإيلاء، ومن العلماء من رأى أن الزوج لا يلزم بمرات معدودة، وإنما يلزمه الاتصال بزوجته بمقدار ما يعفها، ويبعدها عن الحرام، وهذا هو أقرب الآراء إلى الصواب، وحق الزوجين في الاتصال الجنسي دائم ما دامت الحياة الزوجية، لا ينتهي عند سن، ولا يملك إسقاطه أحد منهما، اللهم إلاّ إذا وجد عذر مانع من الاتصال أو مبرر له.

ومن الأعذار الشرعية مرض الزوج، ومن الأعذار الشرعية أيضاً عدم استيفاء الزوجة معجل صداقها.

وقد قضت محكمة العياط الجزئية في ١٩٢٩/٩/١٦ بأن للزوجة أن تمنع نفسها عن الوطء ودواعيه، من النقلة [illegible] وطء وخلوة رضيتها حتى تأخذ ما وجب تعجيله من المهر كله أو بعضه.

ب- جزاء الامتناع: إذا امتنعت الزوجة بغير عذر عن الاتصال بزوجها، فيعتبر امتناعها نشوزاً تسقط به نفقة الزوجة، ويرى جانب من الفقه أن الزوجة لا تعد ناشزة إذا منعت زوجها من الاستمتاع بها وهي

في منزله، لأن الزوج متمكن منها على كل حال، فلا تسقط نفقتها مدة منعها له.

والرأي عندي أن تمام التمكين لا يكون إلاّ مع الاستمتاع، إذا وجدت شروطه، ووجدت القدرة عليه، فتسقط النفقة بامتناعها سواء كانت في منزل الزوجية أو خارجه.

أما إذا امتنع الزوج فللقاضي أن يأمره بما يراه كفيلاً بإعفاف الزوجة، ولا يكفي إصدار أمره للزوج بأن يبيت مع زوجته أحياناً جبراً لخاطرها كما في ظاهر المذهب عند الحنفية، فإن الأمر بين الزوجين – كما يقول الدكتور إبراهيم عبد الحميد– لا ينزل إلى هذا الدرك حتى يكون مسألة خواطر، إنما هي حقوق الزوجية وواجباتها، ولا يخفى ما في الإخلال بها من ضرر وخطر، وإذا تمادى الزوج في تقصيره أوعجز عن هذا الحق، فإن التشريع المصري -أخذاً برأي المالكية- يعطي الزوجة حق طلب التفريق بينها وبين زوجها للضرر الذي أصابها من هذا الامتناع، فللزوجة حق الاتصال الجنسي بزوجها، ولها الحق في استيفاء هذا الاتصال كاملاً غير منقوص، وأدب الإسلام في ذلك أن الراغب من الزوجين في العملية الجنسية من طريقها الطبيعي، يدعو صاحبه إليها بلسان الحال أو المقال، وعلى الآخر التلبية إن لم يحل دونها عذر صحيح، وإلاّ تعطل المقصد الأول من مقاصد الزوج وأفضى الأمر إلى فساد كبير.

المبحث الثاني

التوارث وثبوت النسب وحرمة المصاهرة

الزواج صلة قوية، يثبت به الميراث كما يثبت بالقرابة، ويثبت به نسب الأولاد ويقوم حقوقهم، على أساسه حرمة المصاهرة.

أولاً: التوارث بين الزوجين:

الزواج الصحيح يثبت التوارث بين الزوجين، ويتم ذلك بمجرد العقد دون توقف على الدخول أو الخلوة، فأيهما مات قبل الآخر والعقد قائم يثبت حق الباقي على الحياة في الإرث من تركة الآخر نصيباً مفروضاً.

ولا يحجب أحد الزوج أو الزوجة حجب إسقاط أبداً، ولا يحجبان أحداً من الورثة، ولهما في الميراث أحوال:

١- أحوال الزوجة: للزوجة في الميراث حالتان:

أ-لها الربع واحدة أو أكثر إن لم يكن لزوجها المتوفى فرع وارث بالفرض أو التعصيب.

ب-لها الثمن واحدة أو أكثر إذا كان لزوجها المتوفى فرع وارث بالفرض أو التعصيب، منها أو من غيرها.

٢- أحوال الزوج:

أ-له النصف إذا لم يكن لزوجته المتوفاة فرع وارث بالفرض أو التعصيب.

ب-له الربع إن كان لزوجته فرع وارث بالفرض أو التعصيب، منه أو من غيره.

ويشترط في كل الأحوال حتى يرث كل من الزوجين الآخر ما يلي:

- أن يكون عقد الزواج صحيحاً.

ب- أن تكون الزوجية قائمة حقيقية أو حكماً.

ثانياً: ثبوت نسب الأولاد:

التناسل من أغراض الزواج الرئيسي حفظاً للبقاء، واستمراراً للنوع، وثبوت النسب حق لكل من الزوجين، كما أنه حق للأولاد، وقد حرم الإسلام على الرجل والمرأة أن ينكر أحدهما النسب أويبدل فيه، يقول عليه الصلاة والسلام: "أيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه، احتجب منه الله يوم القيامة وفضحه على رؤوس الخلائق".

وقال ﷺ : "وأيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم، فليست من الله في شيئ ولن يدخلها جنته".

وهذا حق للشرع لا يقبل الإسقاط من الرجل بإكراه أورضاء، وقد حرّم الإسلام التبني، ومن ادعى إلى غير أبيه، وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام".

ثالثاً: حرمة المصاهرة:

وبمجرد العقد الصحيح بين الزوجين يحرم على كل منهما أصول الآخر، وفروعه نسباً ورضاعاً على النحو الذي بيناه في موانع الزواج.

وهذه الحقوق في أصلها هي حقوق لله تعالى، تعتبر آثاراً شرعية لعقد الزواج، وليس لأحد من الزوجين تغييرها أو التنازل عنها لأنها جزء من الزواج باعتباره نظاماً إلهياً.

الفصل الرابع

في إثبات[1] الـزواج

الإثبات في اللغة من ثبت ثباتاً وثبوتاً، فيقال ثبت الشيء أي استقر، والتثبيت أي الحجة، ورجل ثبت أي حجة يوثق به أما الإثبات بالمعنى الفقهي فهو إقامة الحجة الشرعية أمام القاضي على صحة واقعة متنازع عليها، وهو تعريف لا يكاد يختلف عن المعنى القانوني الذي هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق والإجراءات التي حددها القانون على وجود أوصحة واقعة قانونية متنازع عليها تصلح أساسها لحق مدعي به[2].

وأهمية عقد الزواج غير مكافية، ومن هنا جاءت أهمية إثباته حتى تثبت أمور كثيرة منها النفقة، والعدة، والتوارث، وحل العلاقة بين الزوجين، وكثيراً ما تتفاقم النتائج الإجتماعية إذا عجز الطرفان أوأحدهما عند إثبات عقد الزوجية. ونعالج في هذا الفصل إثبات الزواج بصورة موجزة في مبحثين:

المبحث الأول : أدلة إثبات الزواج.

المبحث الثاني: سماع دعوى الزوجية.

---

(1) راجع في الإثبات بصفة عامة كتاب الزميل الأستاذ نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية دار النهضة العربية بيروت سنة ١٩٩٥ .

(2) د/ نبيل سعد، المرجع السابق ص٨.

المبحث الأول

أدلة إثبات الـزواج

أدلـة الإثبـات متنوعـة ولكن إثبـات الزواج مقيد بأدلـة معينـة، هـي الشهادة، والنكول عن اليمين، أما التوثيق فهو شـرط لوجبـه ولـي الأمـر لسماع دعوى الزوجية:

أولاً: الشهادة:

وهي في اللغـة تطلق علـى معـان كثيرة منهـا الحلـف، والحضـور، والإدراك، ولكن أقرب هذه المعـاني للمعنـى الإصطلاحي، هـو معنـى الإخبار أوالبيان، أي القول الصـادر عن علم حاصل بالمشاهدة، وهي في المعنى الاصطلاحي إخبـار فـي مجلس القضـاء عمـا وقـع تحـت سمع شخص وبعده ممـا يترتب عليـه أثر فـي الشـرع أوالقـانون، أي إخبـار الإنسان في مجلس القضاء بحق على غيره لغيره([1]).

والشهادة في عقد الزواج لا تكون إلا بشهادة رجلين عدليـن، أورجـل ولمرأتين عدول، كما إذا ادعى أحد على امرأة أنهـا زوجتـه، أو ادعت هي أنه زوجها، فيثبت هذا الزواج بالشهادة بالشـروط التـي قيـد الفقهـاء بها هذا الدليل، فلا يثبت الزواج بشهادة ابني الزوجين لمن ادعاه منهما، لأن فـي ذلـك شـهادة الفـرع لأصلـه، وكـذا لـو كـان أحد الشـاهدين ابنـاً للزوج، والآخـر ابنـاً للزوجـة، لأنـه لـم يوجـد هنـا نصـاب الشـاهدين المقبولين، وذلك لأن أحدهما ابن المدعي وهو لاتقبل شهادته لأبيـه، فلم يبق إلا ابن المدعى عليه وهو واحد لاتقوم بـه نصـاب الشـهادة، أمـا إذا

([1]) د/ نبيل سعد، المرجع السابق ص١٧١

كان ابن الزوج وحده، أو ابن الزوجة وحدها، قبلت شهادتهما على أصلهما إذا أشهدهما الآخر، وذلك لانتفاء التهمة، وعند الشيعة الجعفرية لايثبت الزواج بشهادة ابني الزوجين على أبيهما، ويثبت بشهادتهما على أمهما، ولو كان أحدهما ابناً للزوج والآخر ابناً للزوجة قبلت شهادتهما على الزوجة، ولو كانت الدعوى على الزوج لم تقبل شهادة ولده عليه، فإنه كان ابني الزوج وحده، أو ابني الزوجة وحدها قبلت شهادتهما لأصلهما مطلقاً وعلى الأم، ولا تقبل على ابيهما. وينبغي التفرقة بين الإشهاد والشهادة.

١- الإشهاد شرعاً هو ما يصدر من الشخص من تصرف أوقرار أوعقد أو التزام ويطلب من الغير أن يشهد عليه، والمراد بالإشهادات هنا هو ما يحصل من ذلك أمام المحاكم الشرعية بصفة رسمية، وأمام الموظف المختص بسماع الإشهادات وتسجيلها، والتسجيل هو كتابة الإشهاد أوالحكم به في السجل الخاص به، وأعمال الإشهادات تنحصر عن سماعها، وضبطها، وتحرير سنداتها. وليس لسماع الإشهادات أياً كان نوعها اختصاص معين، لا من جهة نوعها ولا مكانها، فعلى كل محكمة كلية أوجزئية أن تسمع وتضبط الإشهادات بجميع أنواعها متى طلب منها ذلك، وبعد ضبط الإشهاد يعرض كاتب المحكمة الذي قام بضبطه تفصيل ما كتبه بالمضبطة من صيغة الإشهاد على رئيس المحكمة أو القاضي الذي باشره أوأذن بسماعه وضبطه، وبعد استيفاء كتابة الصيغة وقراءتها يصنع كل من ذوي الشأن والشهود إمضاءه أوختمه على المضبطة وكذا من باشر الصيغة وكاتب الإشهاد.

٢- إشهادات الزواج: ولأهمية الإشهادات الخاصة بعقود الزواج والتصادق عليه أوجب القانون في ضبطها زيادة على ما تقدم أن تكون

لشـروط خاصـة، فـلا يباشر عقد زواج اليتيمـات القـاصرات، باليتيمة هنا من أبوها وليس ولـي طبيعي كـالجد لأب -إلا بعد بذلك من المحكمـة الحسبية للتـأكد مـن أن الـزواج يـراد بـه هذه اليتيمة القاصرة .

يجوز مباشرة عقد الـزواج أو المصادقـة عليـه إن لـم تكـن سـن ست عشرة سنة، وسن الزوج ثماني عشرة سنة، إلا بأذن خاص

: النكول عن اليمين:

النكول عن اليمين ليس إلا امتناعاً عن أدائها، فـإذا نكـل مـن وجهـة اليمين عن الحلف خسر دعواه[1]وهو حجة يحكم بها القـاضي علـى نكل عن اليمين.

فإذا عجز المدعي بالزواج عن تقديـم شـهوده، والمدعـى عليـه منكـر اج، فطلب المدعى توجيه اليمين أجيب إلى طلبه، فإذا نكل المدعـى قضى عليه بنكوله.

فلو ادعى رجل على امرأة أنهـا زوجتـه، فـأنكرت الزوجيـة، وعجـز إثبات ذلك بشهادة الشهود فطلب المدعى توجيـه اليميـن إلـى المـرأة قضـى لـه بإثبـات الزوجيـة، وعنـد الشـافعية والجعفريـة إذا نكـل عن اليمين، فإن اليمين ترد على المدعـي فـإن حلـف قضـى لـه، نكل خسر دعواه.

---

[1]/ نبيل سعد : المرجع السابق ص٢٢٤.

ثالثاً : الإقرار:

الإقرار اعتراف بإنشاء تصرف أو ثبوت حق، سواء كان ذلك في مجلس القضاء أو في غيره، فلو ادعت امرأة على رجل أنها زوجته، وثبتت الزوجية بهذا الإقرار أمام الناس أو أمام القاضي، أما إذا كان أحد الزوجين صغيراً، فلا يعتبر إقرار الولي عليه بالزواج، ولا يثبت إلا بالشهادة، أو بتصديق الصغير له بعد البلوغ، وعند الشيعة الجعفرية يعتبر إقرار الولي الشرعي على الصغير والصغيرة إقراراً معتبراً يثبت به الزواج، ولو بغير شهود ولاتصديق منهما له بعد البلوغ.

وإذا أقر الزوجان أمام القاضي أو لدى الموظف المختص، تصبح المصادقة على الإقرار توثيقاً تسمع به الدعوى في كل ما يترتب على الزوجية من آثار معنوية ومادية، ومن ثبوت نسب وغيره. فالإقرار حجة على المقر، والمصادقة ليست إلا إعلان الرغبة في تسجيل زواج سبق عقده وأقر به الزوجان. ويصح إقرار الرجل بالزوجية بشرط مصادقة المرأة له مع عدم وجود المانع الشرعي، ومثال المانع أن تكون زوجة لغيره أو معتدة ما أو من المحرمات على المقر.

المبحث الثاني

سماع دعوى الزوجية

١- تعريف الدعوى:

عرف فقهاء الشريعة الإسلامية الدعوى بتعاريف مختلفة والتعريف المختار هو أن الدعوى: إخبار عن وجوب حق للمعبر على غيره عند حاكم ليلزمه به. وركن الدعوى عند الفقهاء إضافة الحق إلى نفسه، أوإلى من هو نائب عنه كالوصي والولي والوكيل وناظر الوقف، وذلك عن ما يدّعي أحدهم للصغير أو الموكل أوالوقف.

وللدعوى شروط لا تقبل بدونها، ويسميها فقهاء الشريعة شروط صحة للدعوى، منها أن تكون بمجلس القضاء، وأن تكون على سبيل الظن والتأكيد، لا الظن ولا الترديد، وبيان الحق المدّعى بياناً وافياً، وكون الدعوى ملزمة شيئاً على الخصم على فرض ثبوتها وإلا كانت عبثاً.

٢- سماع دعوى الزوجية:

سماع دعوى الزوجية معناه قبولها عند القاضي، وعدم السماع لايمس صحة عقد الزواج شرعاً ما وإنما يتعلق بإجراءات أوجبها ولي الأمر لا دخل لها في الحل والحرمة، والأصل أن تسمع دعوى الزوجية سواء كان الزواج موثقاً أو عرفياً، ولكن فوضى التقاضي، فساد الزمان، وسوء أحوال الشهود، جعل ولي الأمر يتدخل بإيجاب شروط لابد من توافرها لسماع دعوى الزوجية، وسوف نعرض لموقف المشرع المصري من سماع دعوى الزوجية.

٣- موقف المشرع المصري:

اشترط قانون الأحوال الشخصية المصري حتى تسمع دعوى الزوجين أمام المحاكم شرطين:-

أ- ألا تقل عن سن الزوجة عن ستة عشرة سنة، وسن الزوج عن ثماني عشرة سنة هلالية وقت رفع الدعوى سواء أكان ذلك النزاع من نفس الزوجية أو في أثر من آثارها كالمهر أو النفقة.

وقد نصت على ذلك المادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١ والذى عدّل بعض أحكام القانون رقم ٥٦ سنة ١٩٢٣ الصادر بشأن تحديد سن الزواج.

وفي هذا الصدد نشير إلى أمرين:

<u>أولهما:</u> أن الدعوى لا تسمع -بناء على هذا النص- إلا إذا أبلغ الزوجان معاً السن القانونية، فإذا كانت سن الزوجين أو أحدهما أقلّ مما جاء به القانون فلا تسمع الدعوى.

<u>ثانيهما:</u> أن المحاكم تسمع للدعوى متى بلغ الزوجان السن القانونية وقت رفع الدعوى وإن لم يكونا قد بلغا هذه السن وقت إجراء عقد الزواج، وهذا هو التعديل الذى أدخلته المادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١ على القانون رقم ٥٦ سنة ١٩٢٣.

وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم سماع [illegible] إذا لم يتوافر هذا الشرط، وعدم سماع الدعوى يستوعب الزوجية وآثارها ما عدا النسب فإن دعواه تسمع بغير هذه الشروط.

ب- وجود مسوغ كتابي يثبت الدعوى عند إنكار المدعى عليه.

فلا تسمع دعوى الزوجية بغير وثيقة رسمية، لفرض هنا يقتضي إنكار المدعى عليه، لأنه إذا أقر بها سمعت الدعوى وحكم بثبوت

الزوجية لأن الإقرار حجة على صاحبه: ونظراً لظروف الواقع الاجتماعي الذي صدر في ظله القانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١، فقد جاء هذا المسوغ الكتابي مختلفاً في صورته تبعاً لاختلاف الفترات الزمنية على النحو التالي:

<u>الفترة الأولى:</u> وتشمل حوادث الزواج السابقة على سنة ١٨٩٧ وهذه تثبت بالبينة عند الإنكار سواء كانت الدعوى مقامة في حياة الزوجين أو بعد وفاة أحدهما، ولا يشترط فيها وجود مسوغ كتابي، وإنما يشترط كون الدعوى مقامة من أحد الزوجين، ولأن يكون زواجهما مشهوراً بين الناس كما جاء في الفقرة الثانية من المادة ٩٩ من القانون، فإذا لم يكن الزواج مشهوراً أو كانت الدعوى مرفوعة من غير الزوجين فلا تثبت الزوجية بالبينة.

<u>الفترة الثانية:</u> وتشمل الزيجات الواقعة بين سنة ١٨٩٧ وأول سنة ١٩١١، وتثبت فيها الدعوى في حياة الزوجين بالطرق الشرعية لإثبات الزواج، وبعد وفاة أحدهما يشترط لسماعها عند الإنكار وجود أوراق خالية من شبهة التزوير تدل على وقوع الزواج، سواء كانت الدعوى مقامة من أحد الزوجين، أو من غيرهما، كما جاء في الفقرة الأولى من المادة السابقة.

<u>الفترة الثالثة:</u> حوادث الزواج الواقعة بين سنة ١٩١١ إلى آخر يوليه سنة ١٩٣١، وتثبت فيها الدعوى في حياة الزوجين بالطرق الشرعية، وبعد وفاة أحدهما أو كلاهما يشترط لسماعها وجود أوراق رسمية ومكتوبة بخط المتوفي وعليها إمضاؤه، سواء كانت مقامة من أحد الزوجين أو من غيرهما كما نصت عليه الفقرة الثالثة.

الفترة الرابعة: حوادث الزوج الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ حتى الآن وهذه لا تسمع فيها دعوى الزوجية عند الإنكار إلى إذا كانت ثابتة في وثيقة زواج رسمية، سواء كانت الدعوى في حياة الزوجين أو بعد وفاتهما، أو بعد وفاة أحدهما، وسواء كانت الدعوى مقامة من أحد الزوجين، أو من غيرهما: كما جاء بالفقرة الرابعة من المادة ٩٩.

ويتجه المشرع المصري في الفترة الأخيرة نحو أمرين:

الأمر الأول: إصدار وثيقة زواج جديدة، تتضمن شروطاً إضافية مكتوبة تقرأ على الطرفين عند العقد وذلك في محاولة منه لمجارات الإتجاه العالمي نحو دعم موقف المرأة، ولقد لقيت بنود هذه الوثيقة في صورتها الأصلية والمعدلة معارضة شبه إجماعية من عدد كبير من الفقهاء والمثقفين بالإضافة إلى الشارع المصري برجاله ونسائه، الأمر الذي فرض التريث في إصدارها، فالمشرع حذر والمواطن يترقب.

والأمر الثاني: تعديل لائحة الإجراءات الشرعية، وهو ما شكلت له لجنة خاصة في وزارة العدل المصري تعمل من خلال قسم التشريع بهذه الوزارة، وقد أنجزت اللجنة مشروع اللائحة الجديدة، وفيه تعديلات في الاختصاص النوعي والمكاني، خاصة في مسائل النفقات، وفيه أيضاً محاولة لتوسيع دائرة إثبات عقد الزواج لتلافي حالات الزواج العرفي، واكتفى المشروع بعبارة ... الورقة الرسمية في إثبات العقد بمسوغ كتابي بدلاً من الوثيقة الرسمية التي لا تكون إلا أمام الموظف المختص، كما أن اللجنة القومية للإصلاح التشريعي في مصر والتي تعمل من خلال مركز دعم القرار التابع لمجلس الوزراء المصري، تحاول من خلال اللجنة النوعية الخاصة بقوانين الأحوال الشخصية دراسة كافة هذه التشريعات بهدف إصلاح تشريعي شامل في

مجال الأحوال الشخصية إجرائياً وموضوعياً، وأهم ما ندعو إليه في هذا الشأن أنه قد آن الأوان لإصدار قانون شامل متكامل للأحوال الشخصية في مصر، يشمل موضوعياً جميع مسائل الأحوال الشخصية ويستقل إجرائياً عن قانون المرافعات([1]).

٤- الزواج العرفي:

الزواج العرفي هو عقد لايتم توثيقه أمام جهة رسمية نص عليها القانون، فهو من الناحية الدينية صحيح منتج لآثاره بين أطرافه، وهو من الناحية القانونية لايعترف به القانون عند الانكار ، ولايترتب عليه نتائجه أمام المحاكم . والحق أن تشريع عدم سماع الدعوى بالنسبة لعقود الزواج العرفية التى أنكرها الزوج في مجلس القضاء ، فيه حرج شديد على المرأة التى تسوقها ظروفها إلى الزواج بعقد شرعى عرفى ثابت التاريخ موقع من الطرفين والشهود بل إن هذا التشريع يجعل من البينة أصل فى الاثبات الشرعى لامكان لها أمام القاضي عند الإنكار ، والقول بأن المرأة التى تخالف ما أوجبه القانون تستحق أن يهمل شأنها، كلام محل نظر ، ويكفى المسلم أن تكون معاملاته طبق الأصول الشرعية.

إن المشرع المصرى يسعى إلى معالجة ظاهرة الزواج العرفى ، خاصة فى حالة الانفصال عن طريقة التوسع فى اثباته، وهو ما نص عليه مشروع إجراءات الأحوال الشخصية بقوله" لاتسمع دعوى الزوجية عن الانكار إلا اذا كانت ثابتة بدرجة رسمية".

([1])نظراً لعضويتي في لجنة وزارة العدل، وفي اللجنة القومية للإصلاح التشريعي فقد تابعت عن كثب وعلى مدى أربع سنوات كل ما يدور في هذا الشأن متابعة المشارك في إعداد هذه التشريعات.

الورقة تجعل اثبات للزواج العرفى أسهل وأقرب إلى امكانية سماع الدعوى، فاذا تحولت صيغة للزواج العرفى إلى ظاهرة تسئ إلى نظام الزواج الاسلامى ، وتضر بواقع الاسرة المصرية فأمام الشرع المصرى مندوحة تجعله يتحول عن المذهب الحنفى ويصدر تشريعا يجعل عقود للزواج باطلة إذا تم إجراؤها دون ولى ، فذلك أولى من البكاء على الأطلال ، وأنجع من المداد الذى يسيل فى الصحف كل يوم حول فساد يتم تحت غطاء الزواج العرفى.

٥- من قضايا الزواج[1]

في دعاوى للزواج-سواء أكانت مرفوعة من أحد الزوجين على الآخر أو على ورثته ، أم كانت مرفوعة من ورثة أحدهما على الآخر أو على ورثته-يسأل المدعي عليه عن الدعوى ، فإن أقربها ثبت الزواج متى كان المقر أهلا للاقرار ، والمحل قابلا له.

وان أنكر كلف المدعى اثبات دعواه بالبينة.

فإن أقام البينة على الزوجية ، أو على أن المدعى قد أقر بها قبل ذلك -ثبت دعواه.

وإن عجز عن ذلك كان له-على رأى الصاحبين المفتى به-أن يطلب من القاضي تحليف المدعى عليه، فإن حلف رفضت الدعوى، وإن نكل ثبت الزواج لأن النكول اقرار بالمدعى به عندهما.

وذهب أبو حنيفة إلى أن اليمين لاتوجه الى المدعى عليه اذا كان أحد الزوجين ، واذا وجهت اليه لم يثبت الزواج بنكوله، لأن النكول بذل لاقرار عنده، والزواج ليس مما يبذل.

---

(١) مصطفى زيد: أحكام الأسرة في الإسلام - مذكرات بيروت سنة ١٩٧٢.

وإذا كان أحد الزوجين قد أقر بالزواج في صحته أو في مرض موته، فصدقه الآخر حال الحياة ثبت الزواج مستندا الى وقت الاقرار باتفاق ، وكذلك اذا وقع التصديق بعد وفاة المقر عند الصاحبين.

وذهب أبو حنيفة الى أن التصديق بعد الوفاة لا يعتد به الا اذا وقع من المرأة قبل إنتهاء عدتها ؛ لبقاء المحل ببقاء آثار النكاح ، فأما اذا وقع منها بعد إنتهاء العدة ، أو كان واقعا من الزوج فلا يعتد به؛ لوقوعه بعد فوات المحل بانقطاع كلا علائق الزوجية.

هذا هو حكم الفقه.

أما حكم القانون في مصر – فالمدعى عليه اما مقر أو منكر.

فإن كان مقرا –ثبت الزواج باقراره متى كان أهلا للاقرار والمحل قابل له الا اذا كانت سن أحد الزوجين عند رفع الدعوى أقل من السن المقررة قانوناً ، فإن الدعوى لاتسمع حينئذ ، فلا يحكم القاضي بالزواج، ولا يترتب على الاقرار به أى أثر من آثاره.

أما اذا كان منكرا فقد تدرج القانون في عدم الاعتداد بشهود وتوجيه اليمين منذ أقبل الناس على رفع دعاوى الزواج طمعا فى المال أورغبة فى التشهير . وخلاصة هذا التدرج بينته المادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١–اذ قسمت حوادث الزواج لأربعة أقسام:

١–الحوادث الواقعة قبل سنة ١٨٩٧ م ، وهذه لاتسمع فيها دعوى الزواج أو الاقرار به– بعد وفاة الزوجين أو أحدهما–الا اذا كانت مؤيدة بأوراق خالية من شبهة التزوير ، ويستثنى من ذلك ما اذا

كانت الدعوى مرفوعة من أحد الزوجين فانه يجوز اثباتها بشهادة الشهود ، على أن تكون الزوجية معروفة بالشهرة العامة[1].

٢-الحوادث الواقعة بين أول سنة ١٨٩٧ وأخر سنة ١٩١٠، وهذه لاتسمع فيها دعوى الزواج أو الاقرار به-بعد وفاة الزوجين أوأحدهما -الا اذا كانت مؤيدة بأوراق خالية من شبهة التزوير ، ولو كانت مرفوعة من أحد الزوجين.

٣-الحوادث الواقعة فيما بين أول سنة ١٩١١ وآخر يوليو سنة ١٩٢١م، وهذه لاتسمع فيها دعوى الزواج أو الاقرار به-بعد وفاة الزوجين أو أحدهما -الا اذا كانت ثابتة بأوراق رسمية أومكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها امضاؤه كذلك، سواء أكانت مرفوعة من أحد الزوجين أم من غيره.

ويلاحظ أن هذه الأحوال الثلاثة خاصة بالدعاوى المرفوعة بعد وفاة الزوجين أو أحدهما ، فأما المرفوعة من أحد الزوجين على الآخر فتطبق فيها الأحكام الفقهية السابقة.

٤- الحوادث الواقعة بعد آخر يوليو سنة ١٩٢١م، وهذه لاتسمع الدعوى بها-حال حياة الزوجين أو بعد وفاتهما أو وفاة أحدهما - الا اذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية صادرة على يد الموظف المختص باصدارها بمقتضى وظيفته [illegible] أذون أو القاضي الشرعي في داخل القطر ، والقنصل في خارجه.

---

[1] فلم يستفيض الخبر، فيسمع من جمع يؤمن تواطؤهم على الكذب عادة ، وحينئذ يكون مشهورا شهرة حقيقية أو عامة ، وقد يسمع ممن تصح منه الشهادة فقط رجلين أو رجل وا[illegible] عدول مستكملين شروط الشهادة ، وحينئذ يكون مشهورا شهرة حكمية أو خاصة.

الزواج من الأمور التي تصح الشهادة فيها بالتسامع بناء على الشهرة العامة أو الخاصة عند الصاحبين ، وبناء على الشهرة العامة فقط عند الامام، وهو ما عول عليه القانون هنا.

٦- قضايا الزواج بين غير المسلمين:

المراد بغير المسلمين من لايدينون بالاسلام : من أهل الكتاب وغيرهم . وقد أمرنا بتركهم وما يدينون ، فليس لنا أن نتعرض لزواجهم ما دام صحيحا عندهم ، سواء أكان صحيحا في حكم الاسلام أم كان غير صحيح ، الا في أربع حالات :

الحالة الأولى: أن يكون في زواجهما اعتداء على حق مسلم ، كأن يطلق مسلم امرأته المسيحية ، أو يتوفى عنها ، فيتزوجها مسيحى قبل انتهاء عدتها ، فإن القاضي متى بلغه ذلك يفرق بينهما اذا كانت العدة لاتزال قائمة ؛ محافظة على حق المسلم.

الحالة الثانية : أن تكون الدعوى متعلقة بآثار الزواج ، كأن تطلب المرأة فرض نفقة لها على زوجها ، أو يطلب الزوج امرأته الى طاعته، ويكفي لسماع الدعوى هنا أن يرفعها أحدهما راضيا بالاحتكام الى شريعتنا . وحينئذ يحكم القاضي لصاحب الحق فيها من غير تعرض لأصل الزواج.

الحالة الثالثة: أن تكون الدعوى متعلقة بأصل الزواج: يدعيه أحدهما وينكره الآخر ، وحينئذ لا يتعرض القاضي للفصل فيها الا اذا قبلا معا الاحتكام الينا ؛ لأن الفصل فيها عند احتكام أحدهما دون الآخر عدوان على حق من أبي الاحتكام الينا. وهذا رأي أبي حنيفة المعمول به.

ومتى احتكما الينا في أصل الزواج -طبق القاضي الأحكام الأتية:

١-اذا ثبت له أن زواجهما صحيح في حكم الاسلام لاستيفائه كل شروط الصحة حكم بصـ ـ : لأن كل ما هو صحيح بين المسلمين يعتبر صحيحا بين غيرهم وعليه الشافعي وأحمد.

٢- وإذا ثبت أنه غير صحيح في حكم الإسلام:

فإن كان ذلك لحرمة المحل نسباً أو مصاهرة أو رضاعاً-حكم بفساده، وفرق بينهما.

وإن كان ذلك لوقوع العقد في عدة مسلم -فرق بينهما إذا كانت العدة لاتزال قائمة رعاية لحق المسلم.

وإذا كان ذلك لعدم الشهود أو لوقوع العقد في عدة غير مسلم فقد اختلف فيه:

فذهب أبو حنيفة إلى أن القاضي مقيد بصحة الزواج في الحالتين ما دام يعد صحيحا عندهم ، ولهذا لا نتعرض لهم في شئ من ذلك إذا لم يسلموا أو يحتكموا الينا. وقد علل جمهور الحنفية هذا فقالوا أنه لاضير في اعتباره صحيحا عندنا حينئذ ، لآن شرط الاشهاد مختلف فيه ، فإن مالكا وابن أبى ليلى لايشترطانه لصحة الزواج ، والعدة لم يتعلق بها حق لمسلم ، ولا يمكن اثبات المحرمة في الحالتين حقا للشرع؛ لأن غير المسلمين ليسوا مخاطبين بفروع الشريعة ولا اثبات العدة حقا للزوج؛ لأنه لا يعتقده.

وذهب زفر إلى أن القاضي يحكم بفساد الزواج في الحالتين ، لأن غير المسلمين مطالبون في دار الاسلام بما يطالب به المسلمون من أمور المعاملات والزواج منها، وعدم تعرضنا لهم قبل أن يسلموا أويحتكموا الينا-للأعراض عنهم، للأعتراف بما هم عليه وتقريره.

للصاحبان مع أبي حنيفة في للنكاح بغير شهود لخلاف في اشتراط الإشهاد، ومع زفر في النكاح في العدة لعدم الخلاف في حكمه.

الحالة الرابعة : أن يسلم الزواجان أو أحدهما:

فاذا كانت المرأة حينئذ من محارم الزوج نسبا أو رضاعا أومصاهرة أو تزوجها في عدة المسلم لاتزال قائمة-فرق القاضي بينهما.

وإن أسلم الزوج وحده بقي الزواج اذا كانت المرأة كتابية ، ويعرض عليها الاسلام اذا كانت غير كتابية ، فان أسلمت أواعتنقت دينا سماويا بقي الزواج ، والا فرق بينهما.

تنبيهان:

أ) اذا أسلمت المرأة ، وأريد عرض الاسلام على زوجها فتبين أنه غائب غيبة منقطعة ، أو طلب لعرض الاسلام عليه فتكرر امتناعه- فرق القاضي بينهما من غير عرض.

ب)انما يعرض الاسلام على الرجل أو المرأة اذا كان أهلا لعرض الاسلام عليه، بأن كان بالغا عاقلا ، أو صبيا مميزا.

فاذا كان صبيا غير مميز انتظر تمييزه ، ثم عرض عليه الاسلام.

واذا كان مجنونا عرض الاسلام على أبويه رجاء أن يسلم أحدهما فيتبعه ولده وتبقى الزوجية ، فان عرض عليهما فأبيا -أولم يكن له أبوان -فرق القاضي بينه وبين زوجه بدون انتظار لافاقته.

والفرق بين الصبي غير المميز والمجنون -أن التمييز له مبدأ معلوم ، فلا حرج في انتظاره، أما الافاقة من الجنون فليس لها وقت معلوم.

القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٥

الباب الأول : في النفقة

القسم الأول : في النفقة والعدة

مادة ١[١]: تجب النفقة للزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكما حتى لو كانت موسرة أومختلفة معه في الدين. ولا يمنع مرض الزوجة من استحقاقها للنفقة.

وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك بما يقضي به الشرع.

ولا تجب النفقة للزوجة إذا ارتدت، أو امتنعت مختارة عن تسليم نفسها دون حق، أو اضطرت إلى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج، أوخرجت دون إذن زوجها.

ولا يعتبر سبباً لسقوط نفقة الزوجة خروجها من مسكن الزوجية دون إذن زوجها في الأحوال التي يباح فيها ذلك بحكم الشرع مما ورد به نص أو جرى به عرف أو قضت به ضرورة، ولا خروجها للعمل المشروع ما لم يظهر أن استعمالها لهذا الحق المشروط مشوب بإساءة استعمال الحق، أو مناف لمصلحة الأسرة وطلب منها الزوج الامتناع عنه.

وتعتبر نفقة الزوجة ديناً على الزوج من تاريخ امتناعه عن الإنفاق مع وجوبه، ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء.

---

(١) مستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ - الجريدة الرسمية - العدد ٢٧ (تابع) في ٤ يوليه سنة ١٩٨٥.

ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى.

ولا يقبل من الزوج التمسك بالمقاصة بين نفقة الزوجة وبين دين له عليها إلا فيما يزيد على ما يفى بحاجتها الضرورية.

ويكون لدين نفقة الزوجة امتياز على جميع أموال الزوج، ويتقدم فى مرتبته على ديون النفقة الأخرى.

مادة ٢ : المطلقة التى تستحق النفقة تعتبر نفقتها دينا كما فى المادة السابقة من تاريخ الطلاق.

مادة ٣: (ألغيت بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩) .

القسم الثاني– في العجز عن النفقة

مادة ٤ : إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة فى ماله فإن لم يكن له مال ظاهر ولم يقل إنه معسر أو موسر ولكن أصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضى فى الحال وإن ادعى العجز فإن لم يثبته طلق عليه حالا، وإن أثبته أمهله مدة لا تزيد على شهر، فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك.

مادة٥: إذا كان الزوج غائباً غيبة قريبة فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة فى ماله. وإن لم يكن له مال ظاهر أعذر إليه القاضى بالطرق المعروفة وضرب له أجلا، فإن لم يرسل ما تنفق منه

زوجته على نفسها أو لم يحضر للإنفاق عليها طلق عليه القاضى بعد مضى الأجل.

فإن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه أو كان مجهول المحل أوكان مفقوداً وثبت أن لا مال له تنفق منه الزوجة، طلق عليه القاضى.

وتسرى أحكام هذه المادة على المسجون الذى يعسر بالنفقة.

مادة ٦ : تطليق القاضى لعدم الإنفاق يقع رجعياً، وللزوج أن يراجع زوجته إذا ثبت إيساره واستعد للإنفاق فى أثناء العدة، فإن لم يثبت إيساره ولم يستعد للإنفاق لم تصح الرجعة.

الباب الثاني-في المفقود

مادة ٧ : (ألغيت بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩) .

مادة ٨ : إذا جاء المفقود أو لم يجئ وتبين أنه حى فزوجته له، ما لم يتمتع الثانى بها غير عالم بحياة الأول. فإن تمتع بها الثانى غير عالم بحياته كانت للثانى [illegible] عقده فى عدة وفاة الأول.

الباب الثالث-في التفريق بالعيب

مادة ٩ : للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به. فإن

تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أودلالة بعد علمها. فلا يجوز التفريق.

مادة ١٠ : الفرقة بالعيب طلاق بائن.

مادة ١١ : يستعان بأهل الخبرة في العيوب التى يطلب فسخ الزواج من أجلها.

الباب الرابع-في أحكام متفرقة

مادة ١٢: (ألغيت بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩).

مادة ١٣: على وزير الحقانية تنفيذ هذا القانون، ويسرى العمل به من تاريخ نشره فى الوقائع المصرية.

" صدر بسراي رأس التين في ٢٥ شوال سنة ١٣٣٨ ١٢ يوليه سنة ١٩٢٠".

مرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ خاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية[1]

بعد الديباجة

رسمنا بما هو آت

١- الطلاق

مادة ١ : لا يقع طلاق السكران والمكره.

مادة ٢: لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شئ أو تركه لا غير.

مادة ٣ : الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة.

مادة ٤: كنايات الطلاق وهى ما تحتمل الطلاق وغيره لا يقع بها الطلاق إلا بالنية.

مادة ٥: كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال وما نص على كونه بائناً فى هذا القانون والقانون نمرة ٢٥ سنة ١٩٢٠.

مادة ٥ مكرراً[2]: على المطلق أن يوثق إشهاد طلاقه لدى الموثق المختص خلال ثلاثين يوماً من إيقاع الطلاق.

---

(١) الوقائع المصرية فى ٢٥ مارس سنة ١٩٢٩ صفحة ٢ من العدد ٢٧.

(٢) مضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ الجريدة الرسمية - العدد ٢٧(تابع) فى ٤ يولية سنة ١٩٨٥.

وتعتبر الزوجة عالمة بالطلاق بحضورها توثيقه، فإذا لم تحضره كان على الموثق إعلان إيقاع الطلاق لشخصها على يد محضر، وعلى الموثق تسليم نسخة إشهاد الطلاق إلى المطلقة أو من ينوب عنها، وفق الإجراءات التى يصدر بها قرار من وزير العدل.

وتترتب آثار الطلاق من تاريخ إيقاعه إلا إذا أخفاه الزوج من الزوجة، فلا تترتب آثاره من حيث الميراث والحقوق المالية الأخرى إلا من تاريخ علمها به.

٢- الشقاق بين الزوجين والتطليق للضرر

مادة ٦: إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق وحينئذ يطلقها القاضى طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضى حكمين وقضى على الوجه المبين بالمواد (٧و٨و٩و١٠و١١)

مادة ٧[1]: يشترط فى الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما.

---

[1] مستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥.

مادة ٨[١]:

(أ)يشمل قرار بحث الحكمين على تاريخ بدء وانتهاء مأموريتهما على ألا تجاوز مدة ستة أشهر وتخطر المحكمة الحكمين والخصم بذلك.

وعليها تحليف كل من الحكمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة.

(ب) يجوز للمحكمة أن تعطى للحكمين مهلة أخرى مرة واحدة لا تزيد على ثلاثة أشهر فإن لم يقدما تقريرهما أعتبرتهما غير متفقين.

مادة ٩[٢]: لا يؤثر فى سير عمل الحكمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تمّ اخطاره.

وعلى الحكمين أن يتعرف أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما فى الإصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة.

مادة ١٠[٣]: إذا عجز الحكمان عن الإصلاح:

١- فإن كانت الإساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان التطليق بطلقة بائنة دون مساس بشيء من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق.

٢- وإذا كانت الإساءة كلها من جانب الزوجة اقترحا التطليق نظير بدل مناسب يقدرانه تلزم به الزوجة.

٣- وإذا كانت الإساءة مشتركة اقترحا التطليق دون بدل أو ببديل يتناسب مع نسبة الإساءة.

---

(١) مستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥

(٢) مستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥.

(٣) مستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥

٤- وإن جهل الحال فلم يعرف المسيئ منهما اقترح الحكمان تطليقا دون بدل.

مادة ١١([١]): على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى المحكمة مشتملا على الأسباب التى بنى عليها فإن لم يتفقا بعثهما مع ثالث له خبرة بالحال وقدرة على الإصلاح وحلفته اليمين المبينة فى المادة (٨) وإذا اختلفوا أو لم يقدموا تقريرهم فى الميعاد المحدد سارت المحكمة فى الإثبات، وإن عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها استحالة العشرة بينهما وأصرت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتطليق بينهما بطلقة بائنة مع إسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أوبعضها وإلزامها بالتعويض المناسب إن كان لذلك كله مقتض.

مادة ١١ مكررا ([٢]): على الزوج أن يقر فى وثيقة الزواج بحالته الإجتماعية، فإذا كان متزوجاً فعليه أن يبين فى الإقرار اسم الزوجة أوالزوجات اللاتى فى عصمته ومحال إقامتهن، وعلى الموثق إخطارهن بالزواج الجديد بكتاب مسجل مقرون بعلم الوصول.

ويجوز للزوجة التى تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادى أو معنوى يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالها ولو لم تكن قد اشترطت عليه فى العقد ألا يتزوج عليها.

فإذا عجز القاضى عن الإصلاح بينهما طلقها عليه طلقة بائنة . ويسقط حق الزوجة فى طلب التطليق لهذا السبب بمضى سنة من تاريخ

([١]) مستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥

([٢]) مضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥

علمها بالزواج بأخرى، إلا إذا كانت قد رضيت بذلك صراحة أو ضمناً.
ويتجدد حقها فى طلب التطليق كلما تزوج بأخرى.

وإذا كانت الزوجة الجديدة لم تعلم أنه متزوج بسواها ثم ظهر أنه متزوج فلها أن تطلب التطليق كذلك.

مادة ١١ مكرراً ثانياً : إذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق توقف نفقة الزوجة من تاريخ الإمتناع.

وتعتبر ممتنعة دون حق إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة بإعلان على يد مُحضر لشخصها أو من ينوب عنها، وعليه أن يبين فى هذا الإعلان المسكن.

وللزوجة الإعتراض على هذا أمام المحكمة الإبتدائية خلال ثلاثين يوماً من تاريخ هذا الإعلان، وعليها أن تبين فى صحيفة الاعتراض الأوجه الشرعية التى تستند إليها فى امتناعها عن طاعته وإلا حكم بعدم قبول اعتراضها.

ويعتد بوقف نفقتها من تاريخ انتهاء ميعاد الإعتراض إذا لم تتقدم به فى الميعاد.

وعلى المحكمة عند نظر الاعتراض، أو بناء على طلب أحد الزوجين، التدخل لإنهاء النزاع بينهما صلحاً باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة، فإذا بان لها أن الخلاف مستحكم وطلبت الزوجة التطليق اتخذت المحكمة إجراءات التحكيم الموضحة فى المواد من ٧ إلى ١١ من هذا القانون.

٣- التطليق لغيبة الزوج أو لحبسه

مادة ١٢: إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها بائناً إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

مادة ١٣: إن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضي أجلا وأعذر إليه بأنه يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها.

فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذراً مقبولاً فرق القاضي بينهما بتطليقة بائنة.

وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضي عليه بلا أعذار وضرب أجل.

مادة ١٤ : لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطليق عليه بائناً للضرر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

٤- دعوى النسب

مادة ١٥: لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة.

٥- النفقة والعدة

مادة ١٦[١]: تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت استحقاقها يسراً أوعسراً على ألا تقل النفقة فى حالة العسر عن القدر الذى يفى بحاجتها الضرورية.

وعلى القاضى فى حالة قيام سبب استحقاق النفقة وتوفر شروطه أن يفرض للزوجة ولصغارها منه فى مدى أسبوعين على الأكثر من تاريخ رفع الدعوى نفقة مؤقتة (بحاجتها الضرورية) بحكم غير مسبب واجب النفاذ فوراً إلى حين الحكم بالنفقة بحكم واجب النفاذ.

وللزوج أن يجرى المقاصة بين ما أداه من النفقة المؤقتة وبين النفقة المحكوم بها عليه نهائياً، بحيث لا يقل ما تقبضه الزوجة وصغارها عن القدر الذى يفى بحاجتهم الضرورية.

مادة ١٧: لا تسمع الدعوى لنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق.

كما أنه لا تسمع عند الإنكار دعوى الإرث بسبب الزوجية لمطلقة توفى زوجها بعد سنة من تاريخ الطلاق.

مادة ١٨ : لا يجوز تنفيذ حكم بنفقة صادر بعد العمل بهذا القانون لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق ولا يجوز تنفيذ حكم صادر قبل العمل بهذا القانون لمدة بعد صدوره إلا بمقدار ما يكمل سنة من تاريخ الطلاق.

---

[١] مستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥.

مادة ١٨ مكرراً[1]: الزوجة المدخول بها فى زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسراً وعسراً وظروف الطلاق ومدة الزوجية، ويجوز أن يرخص للمطلق فى سداد هذه المتعة على أقساط.

مادة ١٨ مكرراً ثانياً: إذا لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه:

وتستمر نفقة الأولاد على أبيهم إلى أن تتزوج البنت أو تكسب ما يكفي نفقتها وإلى أن يتم الابن الخامسة عشرة من عمره قادراً على الكسب المناسب، فإن أتمها عاجزاً عن الكسب لآفة بدنية أو عقلية أوبسبب طلب العلم الملائم لأمثاله ولاستعداده، أو بسبب عدم تيسر هذا الكسب استمرت نفقته على أبيه.

ويلتزم الأب بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم بقدر يساره وبما يكفل للأولاد العيش فى المستوى اللائق بأمثالهم.

وتستحق نفقة الأولاد على أبيهم من تاريخ امتناعه عن الإنفاق عليهم.

مادة ١٨ مكرراً ثالثاً : على الزوج المطلق أن يهيئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب فإذا لم يفعل خلال مدة العدة، استمروا فى شغل مسكن الزوجية المؤجر دون المطلق مدة الحضانة.

---

(١) مضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥.

وإذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر كان من حق الزوج المطلق أن يستقل به إذا هيأ لهم المسكن المستقل المناسب بعد انقضاء مدة العدة.

ويخير القاضي الحاضنة بين الإستقلال بمسكن الزوجية وبين أن يقدر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها.

فإذا انتهت مدة الحضانة فللمطلق أن يعود للمسكن مع أولاده إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانوناً.

وللنيابة العامة أن تصدر قراراً فيما يثور من منازعات بشأن حيازة مسكن الزوجية المشار إليه حتي تفصل المحكمة فيها[1].

٦- المهر

مادة ١٩: إذا اختلف الزوجان في مقدار المهر فالبينة على الزوجة فإن عجزت كان القول للزوج بيمينه إلا إذا ادعى مالا يصح أن يكون مهراً لمثلها عرفاً فيحكم مهر المثل. وكذلك الحكم عند الإختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين ورثتهما.

٧- سن الحضانة

مادة ٢٠ [2]: ينتهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتى عشرة سنة، ويجوز للقاضي بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج في يد الحاضنة دون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتهما تقتضي ذلك.

---

[1] ألغت المحكمة الدستورية العليا بعض أحكام المادة ١٨ مكرر ثالثا كما سبق أن أوضحنا ذلك في صـ٢٥٧

[2] مستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥.

ولكل من الأبوين الحق فى رؤية الصغير أو الصغيرة وللأجداد مثل ذلك عند عدم وجود الأبوين.

وإذا تعذر تنظيم الرؤية اتفاقاً، نظمها القاضى على أن تتم فى مكان لا يضر بالصغير أو الصغيرة نفسياً.

ولا ينفذ حكم الرؤية قهراً، ولكن إذا امتنع من بيده الصغير عن تنفيذ الحكم بغير عذر أنذره القاضى فان تكرر منه ذلك جاز للقاضى بحكم واجب النفاذ نقل الحضانة مؤقتاً إلى من يليه من أصحاب الحق فيها لمدة يقدرها.

ويثبت الحق فى الحضانة للأم ثم للمحارم من النساء، مقدماً فيه من يدلى بالأم على من يدلى بالأب، ومعتبراً فيه الأقرب من الجهتين على الترتيب التالى.

الأم ، فأم الأم وإن علت ، فأم الأب وإن علت، فالأخوات الشقيقات، فالأخوات لأم، فالأخوات لأب، فبنت الأخت الشقيقة، فبنت الأخت لأم، فالخالات بالترتيب المتقدم فى الأخوات، فبنت الأخت لأب، فبنت الأخ بالترتيب المذكور، فالعمات بالترتيب المذكور، فخالات الأم بالترتيب المذكور، فخالات الأب بالترتيب المذكور، فعمات الأم بالترتيب المذكور، فعمات الأب بالترتيب المذكور.

فإذا لم توجد حاضنة من هؤلاء النساء أو لم يكن منهن أهل للحضانة. أو انقضت مدة حضانة النساء، انتقل الحق فى الحضانة إلى العصبات من الرجال بحسب ترتيب الاستحقاق فى الإرث، مع مراعاة تقديم الجد الصحيح على الإخوة.

فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء، انتقل الحق فى الحضانة إلى محارم الصغير من الرجال غير العصبات على الترتيب الآتى:
الجد لأم ، ثم الأخ لأم، ثم ابن الأخ لأم ، ثم العم ثم الخال الشقيق، فالخال لأب، فالخال لأم.

٨- المفقود

مادة ٢١ : يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقده.

وأما فى جميع الأحوال الأخرى فيفوض أمر المدة التى يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضى وذلك كله بعد التحرى عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة أن كان المفقود حياً أو ميتاً.

مادة ٢٢ : بعد الحكم بموت المفقود بالصفة المبينة فى المادة السابقة تعتد زوجته عدة الوفاة وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم.

٩- أحكام عامة

مادة ٢٣: المراد بالسنة فى المواد من (١٢ إلى ١٨) هى السنة التى عدد أيامها ٣٦٥ يوماً.

مادة ٢٣ مكرراً[١]: يعاقب المطلق بالحبس مدة لا تتجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز مائتى جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا

(١) مضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥.

خالف أيا من الأحكام المنصوص عليها فى المادة (٥ مكرراً) من هذا القانون.

كما يعاقب الزوج بالعقوبة ذاتها إذا أدلى للموثق ببيانات غير صحيحة عن حالته الإجتماعية أو محال إقامة زوجته أو زوجاته أومطلقته على خلاف ما هو مقرر فى المادة ١١ مكرراً.

ويعاقب الموثق بالحبس مدة لا تزيد على شهر وبغرامة لاتجاوز خمسين جنيهاً إذا أخل بأى من الإلتزامات التى فرضها عليه القانون. ويجوز أيضاً الحكم بعزله أو وقفه عن عمله لمدة لا تجاوز سنة.

نصوص القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية

باسم الشعب

رئيس الجمهورية

قرر مجلس الشعب القانون الآتى نصه، وقد أصدرناه:

المادة الأولى :

تضاف إلى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية مواد جديدة بأرقام : (٥ مكرراً) ، (١١ مكرراً) (١١ مكرراً ثانياً) ، (١٨ مكرراً) ، (١٨ مكرراً ثانياً)، (١٨ مكرراً ثالثاً) ، (٢٣ مكرراً) تكون نصوصها كالآتى:

مادة (٥ مكرراً)

على المطلق أن يوثق اشهاد طلاقه لدى المختص خلال ثلاثين يوماً من إيقاع الطلاق.

وتعتبر الزوجة عالمة بالطلاق بحضورها توثيقه، فإذا لم تحضره كان على الموثق إعلان إيقاع الطلاق لشخصها على يد محضر، وعلى الموثق تسليم نسخة اشهاد الطلاق إلى المطلقة أومن ينوب عنها، وفق الإجراءات التى يصدر بها قرار من وزير العدل.

وتترتب آثار الطلاق من تاريخ إيقاعه إلا إذا أخفاه الزوج عن الزوجة، فلا تترتب آثاره من حيث الميراث والحقوق المالية الأخرى إلا من تاريخ علمها به.

مادة (١١ مكرراً) :

على الزوج أن يقر فى وثيقة الزواج بحالته الإجتماعية، فإذا كان متزوجاً فعليه أن يبين فى الإقرار اسم الزوجة أو الزوجات اللاتى فى عصمته ومحال إقامتهن، وعلى الموثق إخطارهن بالزواج الجديد بكتاب مسجل مقرون بعلم الوصول.

ويجوز للزوجة التى تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادى أو معنوى يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما ولو لم تكن قد اشترطت عليه فى العقد إلا يتزوج عليها.

فإذا عجز القاضى عن الإصلاح بينهما طلقها عليه طلقة بائنة. ويسقط حق الزوجة فى طلب التطليق لهذا السبب بمضى سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى، إلا إذا كانت قد رضيت بذلك صراحة أو ضمناً، ويتجدد حقها فى طلب التطليق كلما تزوج بأخرى.

وإذا كانت الزوجة الجديدة لم تعلم أنه متزوج بسواها ثم ظهر أنه متزوج فلها أن تطلب التطليق كذلك.

مادة (١١ مكرراً ثانياً)

إذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق توقف نفقة الزوجة من تاريخ الامتناع.

وتعتبر ممتنعة دون حق إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة بإعلان على يد محضر لشخصها أو من ينوب عنها وعليه أن يبين فى هذا الإعلان المسكن.

وللزوجة الإعتراض على هذا أمام المحكمة الإبتدائية خلال ثلاثين يوماً من تاريخ هذا الإعلان، وعليها أن تبين فى صحيفة الإعتراض

الأوجه الشرعية التي تستند إليها فى امتناعها عن طاعته وإلا حكم بعدم قبول اعتراضها.

ويعتد بوقف نفقتها من تاريخ انتهاء ميعاد الاعتراض إذا لم تتقدم به فى الميعاد.

وعلى المحكمة عند نظر الاعتراض، أو بناء على طلب أحد الزوجين، التدخل لانهاء النزاع بينهما صلحاً باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة، فإذا بان لها أن الخلاف مستحكم وطلبت الزوجة التطليق اتخذت المحكمة لجراءات الموضحة فى المواد من ٧ إلى ١١ من هذا القانون.

مادة (١٨ مكرراً أولاً) :

الزوجة المدخول بها صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولابسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسراً وعسراً وظروف الطلاق ومدة الزوجية، ويجوز أن يرخص للمطلق فى سداد هذه المتعة على أقساط.

مادة (١٨ مكرراً ثانياً) :

إذا لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه.

وتستمر نفقة الأولاد على أبيهم إلى أن تتزوج البنت أو تكسب ما يكفى نفقتها وإلى أن يتم الابن الخامسة عشرة من عمره قادراً على الكسب المناسب، فإن أتمها عاجزاً عن الكسب لآفة بدنية أو عقلية أويسبب طلب العلم الملائم لأمثاله ولاستعداده أو بسبب عدم تيسر هذا الكسب استمرت نفقته على أبيه.

ويلتزم الأب بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم بقدر يساره، وبما يكفل للأولاد العيش فى المستوى اللائق بأمثالهم.

وتستحق نفقة الأولاد على أبيهمْ من تاريخ امتناعه عن الإنفاق عليهم.

مادة (١٨ مكرراً ثالثاً) :

على الزوج المطلق أن يهيئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب فإذا لم يفعل خلال مدة العدة، استمروا فى شغل مسكن الزوجية المؤجر دون المطلق مدة الحضانة.

وإذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر كان من حق الزوج المطلق أن يستقل به إذا هيأ لهم المسكن المستقل المناسب بعد إنقضاء مدة العدة.

ويخير القاضى الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين أن يقدر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها.

فإذا انتهت مدة الحضانة فللمطلق أن يعود للمسكن مع أولاده إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانوناً.

وللنيابة العامة أن تصدر قراراً فيما يثور من منازعات بشأن حيازة مسكن الزوجية المشار إليه حتى تفصل المحكمة فيه.

مادة (٢٣مكرراً) :

يعاقب المطلق بالحبس مدة لا تتجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز مائتى جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا خالف أياً من الأحكام المنصوص عليها فى المادة (٥ مكرراً) من هذا القانون.

كما يعاقب الزوج بالعقوبة ذاتها إذا أدلى للموثق ببيانات غير صحيحة عن حالته الإجتماعية أو محال إقامة زوجته أو زوجاته أومطلقته على خلاف ما هو مقرر فى المادة (١١ مكرراً).

وعلى الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما في الإصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة.

مادة (١٠)

إذا عجز الحكمان عن الإصلاح :

١–فإن كانت الاساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان التطليق بطلقة بائنة دون مساس بشئ من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق.

٢–وإذا كانت الاساءة كلها من جانب الزوجة اقترحا التطليق نظير بدل مناسب يقدرانه تلزم به الزوجة.

٣–وإذا كانت الإساءة مشتركة اقترحا التطليق دون بدل أو ببدل يتناسب مع نسبة الاساءة.

٤–وأن جهل الحال فلم يعرف المسيئ منهما اقترح الحكمان تطليقاً دون بدل.

مادة (١١) :

على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى المحكمة مشتملاً على الأسباب التى بنى عليها، فإن لم يتفقا بعثتهما مع ثالث له خبرة بالحال وقدره على الاصلاح وحلفته اليمين المبينة [illegible] وإذا اختلفوا أو لم يقدموا تقريرهم فى الميعاد المحدد [illegible] المحكمة فى الاثبات، وان عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها استحالة العشرة بينهما وأصرت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتطليق بينهما بطلقة بائنة مع اسقاط حقوق الزوجة المالية [illegible] أوبعضها والزامها بالتعويض المناسب إن كان لذلك كله مقتض.

مادة (١٦) :

تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت استحقاقها يسراً أوعسراً على ألا تقل النفقة فى حالة العسر عن القدر الذى يفى بحاجتها الضرورية.

وعلى القاضى فى حالة قيام سبب استحقاق النفقة وتوفر شروطه أن يفرض للزوجة ولصغارها منه فى مدى أسبوعين على الأكثر من تاريخ الدعوى نفقة مؤقتة (بحاجتها الضرورية) بحكم غير مسبب واجب النفاذ فوراً إلى حين الحكم بالنفقة بحكم واجب النفاذ.

للزوج أن يجرى المقاصة بين ما أداه من النفقة المؤقتة وبين النفقة المحكوم بها عليه نهائياً، بحيث لا يقل ما تقبضه الزوجة وصغارها عن القدر الذى يفى بحاجتهم الضرورية.

مادة (٢٠) :

ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتى عشرة سنة، ويجوز للقاضى بعد هذه السن ابقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة دون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك.

ولكل من الأبوين الحق فى رؤية الصغير أو الصغيرة وللأجداد مثل ذلك عند عدم وجود الأبوين.

وإذا تعذر تنظيم الرؤية اتفاقاً، نظمها القاضى على أن تتم فى مكان لا يضر بالصغير أو الصغيرة نفسياً.

ولا ينفذ حكم الرؤية قهراً، ولكن إذا امتنع من بيده الصغير عن تنفيذ الحكم بغير عذر انذره القاضى فإن تكرر منه ذلك جاز للقاضى

بحكم واجب النفاذ نقل الحضانة مؤقتاً إلى من يليه من أصحاب الحق فيها لمدة يقدرها.

ويثبت الحق فى الحضانة للأم ثم للمحارم من النساء، مقدماً فيه من يدلى بالأم على من يدلى بالأب، ومعتبراً فيه الأقرب من الجهتين على الترتيب التالى:

الأم، فأم الأم وإن علت، فأم الأب وإن علت، فالأخوات الشقيقات، فالأخوات لأم، فالأخوات لأب، فبنت الأخت الشقيقة، فبنت الأخت لأم، فالخالات بالترتيب المتقدم في الأخوات، فبنت الأخت لأب، فبنت الأخ بالترتيب المذكور، فالعمات بالترتيب المذكور، فخالات الأم بالترتيب المذكور، فخالات الأب بالترتيب المذكور فعمات الأم بالترتيب المذكور، فعمات الأب بالترتيب المذكور.

فإذا لم توجد حاضنة من هؤلاء النساء، أو لم يكن منهن أهل للحضانة، أو انقضت مدة حضانة النساء، انتقل الحق فى الحضانة إلى العصبات من الرجال بحسب ترتيب الاستحقاق فى الإرث، مع مراعاة تقديم الجد الصحيح على الأخوة.

فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء، انتقل الحق فى الحضانة إلى محارم الصغير من الرجال غير العصبات على الترتيب الآتى:

الجد لأم، ثم الأخ لأم، ثم ابن الأخ لأم، ثم العم ثم الخال الشقيق، فالخال لأب، فالخال لأم.

المادة الرابعة

على المحاكم الجزئية أن تحيل دون رسوم ومن تلقاء نفسها ما يوجد لديها من دعاوى أصبحت من اختصاص المحاكم الإبتدائية بمقتضى أحكام هذا القانون وذلك بالحالة التى تكون عليها.

وفى حالة غياب أحد الخصوم يعلن قلم الكتاب أمد الاحالة إليه مع تكلف بالحضور فى المواعيد العادية أمام المحكمة التى أحيلت إليها الدعوى.

ولا تسرى أحكام الفقرة السابقة على الدعاوى المحكوم فيها، وتبقى خاضعة لأحكام النصوص السارية قبل العمل بهذا القانون.

المادة الخامسة

يلغى كل ما يخالف أحكام هذا القانون.

المادة السادسة

على وزير العدل أن يصدر القرار اللازم لتنفيذ هذا القانون خلال شهرين من تاريخ صدروه.

المادة السابعة

ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية، ويعمل به من تاريخ نشر الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩، وذلك عدا حكم المادة (٢٣مكرراً) فيسرى حكمها من اليوم التالى لتاريخ نشره.

يبصم هذا القانون بخاتم الدولة، وينفذ كقانون من قوانينها.

صدر برئاسة الجمهورية فى ١٦ شوال سنة ١٤٠٥ (٣يوليو سنة ١٩٨٥)

حسنى مبارك

الشرعية على قواعد خاصة فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقاً لتلك القواعد.

وأخذ بسنة التطور التشريعي سبق أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ورقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض الأحكام الخاصة بالنفقة والعدة والطلاق والمفقود وأخذاً من مذاهب أخرى غير المذهب الحنفي.

ولقد مضى على صدور هذين القانونين قرابة الخمسين عاماً طرأ فيها على المجتمع كثير من التغير المادي والأدبي التي انعكست آثارها على العلاقات الاجتماعية الأمر الذي حمل القضاة عبئاً كبيراً في تخريج أحكام الحوادث التي تعرض عليهم وقد كشف ذلك عن قصور في بعض أحكام القوانين القائمة مما دعا إلى البحث عن أحكام الأحوال التي استجدت في حياة المجتمع المصري، ذلك في نطاق نصوص الشريعة دون مصادرة أي حق مقرر بدليل قطعي لأي فرد من أفراد الأسرة بل الهدف من المشروع هو تنظيم استعمال بعض هذه الحقوق على ما يبين فيما بعد.

حق الطاعة

لما كانت الشريعة الإسلامية قد جعلت حقوق الزوجية وواجباته متقابلة فحين ألزمت الزوج بالإنفاق على زوجته في حدود استطاعته أوجبت على الزوجة طاعته وكان مظهر هذه الطاعة أن تستقر الزوجة في مسكن الزوجية الذي هيأه لها الزوج امتثالاً لقول الله تعالى: ﴿**اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم، ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن** ....﴾ من الآية ٦ من سورة الطلاق.

ن هنا قرر الفقهاء أن الأصل في الزوجة الطاعة وأنه إذا امتنعت لاعة الزوج فإنها تكون ناشزاً أو تسقط نفقتها من تاريخ هذا الامتناع.

وتنظيماً لهذا جاءت المادة (٦ مكرراً ثانياً) حيث قضت بأن امتناع الزوجة عن طاعة الزوج دون حق يترتب عليه وقف نفقتها من تاريخ الامتناع وتعتبر ممتنعة دون حق إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة على يد محضر وعلى الزوج أن يبين في هذا الاعلان المسكن.

ثم أتاح النص للزوجة الاعتراض وأوجب عليها أن تبين في صحيفة اعتراضها الأوجه الشرعية التي تستند إليها في امتناعها عن طاعة زوجها وإذا خلا الاعتراض من هذه الأوجه كان على المحكمة أن تقضي بعدم قبوله.

الطلاق للضرر

سبق أن قررت المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مبدأ الطلاق للضرر فنصت على أنه:

(إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الاصلاح بينهما ...).

وهذا الحكم مأخوذ من مذهب الإمام مالك ومثله في مذهب الإمام أحمد بن حنبل رضي الله عنهما وخالف في هذا المبدأ الإمامان أبو حنيفة والشافعي رضي الله عنهما.

والأصل في جواز التطليق للضرر قوله تعالى: ﴿**وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها أن يريدا اصلاحاً يوفق الله بينهما ...**﴾ (من الآية رقم ٣٥ من سورة النساء).

فقد فهم بعض الصحابة أن حق الحكمين مطلق في الإصلاح أو التفريق وإن على القاضي بما يريانه ومن هؤلاء علي بن أبي طالب وعبد الله بن عباس ولم يعرف لهما مخالف، وهو يتفق مع المأثور من أحاديث الرسول ﷺ إذ قال "لا ضرر ولا ضرار" كما يتفق كذلك مع وصايا القرآن الكريم في مثل قوله تعالى: ﴿**فإمساك بمعروف أوتسريح بإحسان**﴾ (من الآية رقم ٢٢٩ من سورة البقرة)، وإذا فات الإمساك بالمعروف تعين التسريح بالإحسان.

ولما كانت مشكلة الجمع بين أكثر من زوجة، مشكلة إجتماعية يتعين علاجها فإن المشرع رأى أن يكون تضرر الزوجة من الزواج عليها بأخرى نوعاً خاصاً من الضرر ينص عليه وهو في نطاق القاعدة العامة للتطليق للضرر، فإذا لحق الزوجة الأولى ضرر من الزواج عليها بأخرى، كان لها حق طلب التطليق للضرر سواء كان الضرر مادياً أو أدبياً أو نفسياً. ومستند هذا الحكم مذهب الإمام مالك وما توجبه القاعدة الشرعية في الحديث الشريف "لا ضرر ولا ضرار" والتخريج على مذهب الإمام أحمد وقواعد فقه أهل المدينة.

الطلاق

إن القرآن الكريم قد اختص الزوج بالطلاق وحل عقد الزواج فقد أسندت الآيات العديدة الطلاق إلى الرجال ... وجهت الخطاب إليهم ومنها الآيات أرقام ٢٣٠، ٢٣١، ٢٣٧ من سورة البقرة و٤٩ من سورة

الأحزاب والآية الأولى من سورة الطلاق والخامسة من سورة التحريم ومع هذا الاختصاص قال الرسول ﷺ في شأنه : "إن أبغض الحلال إلى الله الطلاق" مرشداً بهذا إلى أن على الزوج ألا يلجأ إلى حل الوثاق بالطلاق إلا عند استحكام الشقاق فهو إلى باب الكراهة أقرب.

ولما كان قد ظهر من استقصاء حالات الطلاق أن بعض الأزواج قد لجأوا بالمطلقات وتعليق لهن بدون مبرر، بل إن بعض الأزواج كان يوثق الطلاق رسمياً لدى الموثق ثم يحتفظ بورقتي الطلاق لديه متظاهراً للزوجة باستدامة عشرتها حتى إذا ما وقع خلاف بينهما أبرز سند الطلاق شاهراً إياه في وجهها محاولاً به إسقاط حقوقها، وقد سبق لبعض فقهاء المذهب الحنفي أن واجهوا حال إخفاء الطلاق بتأخير بدء العدة إلى وقت الإقرار من الزوج بحدوث الطلاق فقالوا: لو كتمتم طلاقها لم تنقض العدة زجراً له، بمعنى أن الزوج إذا طلق زوجته وأخفى عنها الطلاق ثم أقر بعد ذلك به لم تبدأ العدة إلا من وقت هذا الاقرار ولا يعتد باسناد الطلاق إلى تاريخ سابق (الدر المختار للحصكفي وحاشية رد المختار لابن عابدين الجزء الثاني في باب العدة).

وبناءً على هذا ولما كانت الدولة قد نظمت أمر توثيق الطلاق فاختصت المأذون بتوثيق اشهار الطلاق بين الأزواج المصريين المسلمين ومكتب التوثيق بالشهر العقاري بالأزواج إذا اختلفت جنسياتهم أو دياناتهم رأى المشروع أن ينظم طريق علم الزوجة بطلاقها حتى لا تحدث المشكل بين الزوجين إذا أخفى الطلاق، فأوجبت (المادة ٥ مكرراً) على المطلق متى أوقع الطلاق أو رغب في إيقاعه أن يبادر إلى توثيقه باثباته باشهاد لدى الموظف المختص، ورتبت هذه المادة آثار الطلاق طبقاً لما قرره جمهور الفقهاء بأنه من وقت وقوعه، وهذه هي

القاعدة العامة في آثار الطلاق وأخذ المشروع رأي بعض فقهاء الأحناف وابن حزم الظاهري بأن تكون آثار الطلاق من وقت العلم به بالنسبة للزوجة في حالة إذا ما كتم الزوج طلاق الزوجة أو أخفاه عنها. ثم فصل نص هذه المادة طرق علم الزوجة بالطلاق وفوض وزير العدل في وضع الإجراءات المنفذة لما جاء بها من أحكام. هذا وليس في إيجاب توثيق الطلاق ولا في تنظيم طريق العلم به أي قيد على حق الطلاق الذي أسنده الله للزوج. كما لا تشكل تلك الإجراءات أي قيد على جواز اثبات الطلاق قضاء بكافة الطرق غير أن آثارها بالنسبة للزوجة في حالة إخفائه لا تبدأ إلا من تاريخ علمها به.

وقد قرر النص أن النفقة توقف منذ تاريخ اعلان الزوج إلى الزوجة بالعودة إلى المسكن وإذا لم تعترض في الميعاد المقرربذات النص صار وقف النفقة حتماً من تاريخ انتهاء الميعاد.

ثم إذا ما استوفى الاعتراض شكله القانوني وجب على المحكمة عند نظر موضوعه التدخل لإنهاء النزاع صلحاً بين الطرفين من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحدهما والمقصود بالصلح هو استمرار المعاشرة بالمعروف ومؤدى هذا أن لها أن تبحث شرعية المسكن إذا كان اعتراض الزوجة منصباً على انتفاء شرعيته ولها أن تأمر الزوج بإعداد المسكن المناسب إذا بان لها أن المسكن الذي حدده الزوج في الإعلان غير مستوف لما يجب توافره شرعاً أو عرفاً فإذا اتضح من المرافعة أن الخلاف مستحكم بين الزوجين وطلبت الزوجة الطلاق اتخذت اجراءات التحكيم الموضحة في المواد من ٧-١١ من هذا القانون.

وقد أبانت هذه المواد الشروط الواجب توافرها في الحكمين وأن يشمل قرار بعثهما على تاريخ بدء وانتهاء مسوريتهما على ألا تجاوز المدة ستة أشهر وعلى المحكمة أخطار الحكمين والخصوم بمنطوق

قرارها وتحليف كل من الحكمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة ويجوز للمحكمة أن تعطى للحكمين مهلة أخرى مرة واحدة لا تزيد على ثلاثة أشهر.

والأصل في بعث الحكمين قول الله سبحانه: **﴿وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها﴾** فإن هذه الآية قد رسمت طريق تسوية الشقاق بين الزوجين.

ولا يغيب عن البال أن الأحكام المبينة في المواد من ٧-١١ من هذا المشروع تطبق في الحالة المبينة في المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وفي المادة السادسة مكرراً بهذا المشروع ذلك أنه اتضح من تطبيق أحكام القانون القائم في التحكيم قصورها عن الوفاء بعناصر الفصل في الأنزعة الخاصة بالطلاق للضرر، بل إن تلك الأحكام كانت لا تنتهي بالنزاع إلى نتيجة حاسمة وقد تفادى هذا فنظم عمل الحكمين بما يكفل حسن سير العدالة ويقطع طرائق الأرجاء ومنع عرقلة الحكمين ثم يبين في المادة العاشرة ما يتبعه الحكمان عند العجز عن الاصلاح من حيث التفريق والنتائج المالية.

وتفاديا لإطالة أمد التقاضي عند اختلاف الحكمين اقترح المشروع تعيين حكم ثالث تبعثه المحكمة مع الحكمين وتقضي بما يتفقون عليه أوبرأي الأكثرية وعند اختلافها في الرأي أو عدم تقديم التقرير في الميعاد تسير المحكمة في الإثبات وتقضي وفق التفصيل الموضح في المادة ١١.

وبعث الحكم الثالث لا يخالف أصل من أصول الشريعة فإن القرآن الكريم لم ينه عنه وقد صار في هذا الزمان أمراً ضرورياً كوسيلة لإظهار الحق ورفع الضرر على أن من الفقهاء من أجاز بعث حكم واحد (تفسير الجامع لأحكام القرآن للقرطبي جـ٥ ص١٦٨ وما بعدها).

وإذا عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها استحالة العشرة بينهما وأصرت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتفريق بينهما بطلقة بائنة مع اسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها وإلزامها التعويض المناسب إن كان لذلك كله مقتض.

هذه الأحكام جميعها مأخوذة من مذهب الإمام إما نصاً وإما مخرجة على نصوصه.

المتعة للمطلقة بعد الدخول

لما كان من المستقر عليه شرعاً أن الطلاق حق للزوج وكان القانون القائم لا يوجب المتعة المالية للمطلقة بعد الدخول وحسبها أنها استحقت المهر كله بالدخول ولها نفقة العدة أما المتعة فهي مستحبة ولا يقضي بها.

وإذا قد تراخت المروءة في هذا الزمن وانعدمت لا سيما بين الأزواج إذا انقطع حبل المودة بينهما وأصبحت المطلقة في حاجة إلى معونة أكثر من نفقة العدة تعينها من الناحية المادية على نتائج الطلاق وفي المتعة ما يحقق المعونة وفي الوقت نفسه تمنع الكثيرين من التسرع في الطلاق.

ولما كان الأصل في تشريع المتعة هو جبر خاطر المطلقة وكانت مواساتها من المروءة التي تطلبتها الشريعة وكان من أسس تقديرها قول الله تعالى: ﴿ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره﴾ من الآية ٢٣٦ من سورة البقرة وكان إيجاب المتعة هو مذهب الشافعي الجديد حيث أوجبها للمطلقة بعد الدخول إن لم تكن الفرقة منها أوبسببها وهو قول لأحمد اختاره ابن تيمية كما أن ايجابها مذهب أهل الظاهر

وهو قول لمالك أيضـاً (المذهب للشيرازي فقه شافعي جـ٢ ص٦٧) (والمحلي لابن حزم جـ١٠ ص٢٤٥-٢٤٩).

وعلى هذا وضع نص المادة ١٨ مكرراً بمراعاة ضوابط أقوال هؤلاء الأئمة وللقاضي أن ينظر في تقديرها عدا ما سبق إلى ظروف الطلاق وإلى إساءة استعمال هذا الحق ووضعه في موضعه ولا تقل في تقديرها عن نفقة سنتين وتخفيفاً على المطلق في الأداء أجاز النص الترخيص له في سداد جملة المقرر للمتعة على أقساط.

نفقة الصغير

في فقه المذهب الحنفي المعمول به الآن في نفقة الولد على أبيه أقوال وتفاصيل في استحقاق النفقة بسبب الاشتغال بالتعليم تعرضت لنوع العلم وحال طالبه، وتبعاً لذلك اختلفت اتجاهات المحاكم.

ولما كان الاشتغال بطلب العلم يشمل ما هو ضروري لتكوين الشخص وإعداده للحياة سواء أكان دينياً أو دنيوياً وهذا القدر من العلم بمنزلة الطعام والكساء، كما يتناول ما ليس بضروري للطالب في الدين أو في حياته وقد يكون الملزم بالنفقة أحد الأبوين أو غيرهما من الأقارب وتعليم الولد أياً كان ذكراً كان أو أنثى يراعى فيه وسع أبيه وما يليق بمثله ولا يلزم الإنسان بتعليم كان ابن أخيه مثلاً إلى المستوى الواجب لابنه.

من أجل هذا كان من المصلحة أو العدل تقرير أن الاشتغال بالتعليم يعتبر عجزاً حكمياً واجباً للنفقة إذا كان تعليماً لعلم تراعاه الدولة ولاينافي الدين وبشرط أن يكون الطالب رشيداً في التعليم وفي قدرة من

وجبت عليه النفقة الاتفاق عليه في التعليم. ونفقة الأنثى على أبيها حتـى تتزوج أو تتكسب ما يفي بنفقتها لأن الأنوثة في ذاتها عجز حكمي.

ولا مراء في أن نفقة الأولاد على أبيهم تكون بقدر يساره وبما يكفـل لهم العيش اللائق بأمثاله وتشمل النفقة توفير المسكن لهم.

تعزير المطلق إذا أخل بواجباته المبينة في هذا المشروع:

التعزير عقوبة مفوضـة إلـى رأي الحـاكم كمـا يقـول فقهـاء المذهـب الحنفـي ويختلـف بـاختلاف الجريمـة وأجـاز الفقهـاء التعزيـر بـالحبس ويجوز أن تكون العقوبة الوحيدة وأن يضم إليه عقوبة أخرى كـالتغريم وهذه العقوبة الأخيرة أجازها الإمام أبـو يوسـف وأجازهـا بعـض فقهـاء الشافعية وأجيزت في مواضع من مذهب الإمام أحمد.

وإذا كان الفقهـاء قد قرروا أن تصـرف الإمـام علـى الرعيـة منـوط بالمصلحـة وكـان تنظيم أمـر توثيق الطـلاق وإعـلام المطلقـة بوقوعـه ووصول سنده إليها مـن المصـالح العامـة فـإن تجريـم المطلـق إذا أخل بالواجبات المنوطة به في المادة الخامسة مكرراً من هذا المشروع يكون أمراً ذا سند صحيح شرعاً وكذلك الحـال بالنسـبة للواجبـات المبينـة فـي المادة السادسة مكرراً.

كما يعاقب الموثق أيضاً إذا أخل بالتزامات التي فرضها عليـه هـذا القانون بالعقوبات المبينة بالمادة ٢/٢٣ مكرراً.

إذ لا يكفي في الأمور التنظيميـة تقريرهـا بـل لابـد مـن حمايـة هـذا التنظيم حتى يؤتى ثماره.

نفقة الزوجة

قضت الفقرة الأولى من المادة الثانية بأن تجب نفقة الزوجة على زوجها من مبدأ العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكماً موسرة كانت أو مختلفة معه في الدين وهذا هو ما قضي به القانون القائم في المادة الأولى من القانون رقم ٢٥لسنة ١٩٢٩ ثم جاءت الفقرة الثانية من النص بأنه لا يمنع مرض الزوجة من استحقاقها للنفقة، وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضي به العرف.

ولذا جاء هذا النص في فقرته الأخيرة بما ذهب إليه مذهب الزيدية وتقتضيه نصوص فقه الإمام مالك من أن ثمن الأدوية وأجرة الطبيب من نفقة الزوجة وعدل المشروع بهذا عن مذهب الحنفية في هذا الموضع.

ومن المقرر لدى جميع الفقهاء أن الزوجة المريضة إذا لم تزف إلى زوجها لا تستحق نفقة قبله في حالة عجزها عن الانتقال إلى منزل الزوجية.

ثم أبان المشروع في الفقرة الرابعة من هذه المادة أحوال سقوط نفقة الزوجة في حالة ارتدادها عن الإسلام أو امتناعها مختارة عن تسليم نفسها لزوجها بدون حق أو اضطرارها إلى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج كما إذا حبست ولو بغير حكم أو اعتقلت أو منعها أولياؤها من القرار في بيت زوجها.

كما أفصح المشروع عن الأحوال التي يعتبر فيها خروج الزوجة بدون إذن زوجها سبباً مسقطاً لنفقتها عليه فقال إنها الأحوال التي يباح فيها ذلك بحكم الشرع كخروجها لتمريض أحد أبويها أو تعهده أوزيارته

وإلى القاضي لطلب حقها كذلك خروجها لقضاء حوائجها التي يقضي بها العرف كما إذا خرجت لزيارة محرم مريض أوتقضي به الضرورة كاشراف المنزل على الانهدام أو الحريق أو إذا أعسر بنفقتها ومن ذلك الخروج للعمل المشروع إذا أذنها الزوج بالعمل أو عملت دون اعتراض منه أو تزوجها عالماً بعملها.

ذلك ما لم يظهر أن عملها مناف لمصلحة الأسرة أو مشوب بإساءة الحق وطلب منها الزوج الامتناع عنه.

وغني عن البيان أن الفصل عند الخلاف في كل ذلك للقاضي.

ثم في الفقرة السادسة نص المشروع على أن نفقة الزوجة تعتبر ديناً على الزوج من تاريخ الامتناع عن الانفاق مع وجوبه ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء وهذا هو الحكم القائم وهو مأخوذ من فقه المذهب الشافعي.

النفقة المتجمدة

أخذ المشروع بقاعدة جواز تخصيص القضاء فنص على ألا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة غايتها تاريخ رفع الدعوى.

ذلك لأن في إطلاق اجازة المطالبة بالنفقة عن مدة ماضية سابقة على تاريخ رفع الدعوى احتمال جواز المطالبة بسنين عديدة كما أن المدة التي كانت مقررة في المادة ٩٩ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة المحاكم الشرعية وهي ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى غدت كثيرة بما رأى معه هذا المشروع الاكتفاء بسنة واحدة عن طريق منع سماع الدعوى ولا يضار صاحب الحق بهذا الحكم إذ يمكنه المبادرة إلى طلب حقه حتى لا تمضي عليه سنة فأكثر.

وظاهر أن هذا الحكم الخاص بنفقة الزوجة على زوجها لا يتعداه إلى غير هذا من الحقوق.

ولما كانت المقاصة جائزة بين أرباب الديون وقد تكون الزوجة مدينة لزوجها فإنه حماية لحقها في الحصول على ما يفي بحاجتها وقوائم حياتها نص المشروع على ألا يقبل الزوج التمسك بالمقاصة بين نفقة الزوجة وبين دين الزوج عليها إلا فيما يزيد على ما يكفيها ويقيم أود حياتها كما أن امتياز دين نفقة الزوجة عند تزاحم الديون على الزوج وضيق ماله عن الوفاء بالجميع أمر تقره قواعد فقه المذهب الحنفي وهذا ما قررته الفقرة الأخيرة في هذه المادة.

قواعد تقدير نفقة الزوجة

جاءت المادة ١٦ من المشروع بهذه القواعد فنصت على أن تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت استحقاقها يسراً أوعسراً على ألا تقل في حالة العسر عن القدر الذي يفي بحاجتها الضرورية.

ومن هذا يظهر أن المناط أصلاً في تقدير النفقة هو حالة الزوج المالية في اليسر والعسر وهذا أمر نسبي غاية الأمر أن النفقة إذا كانت عن المدة الماضية على تاريخ الحكم وتغيرت حال الزوج كان التقدير على قدر حالة وقت الاستحقاق لا وقت القضاء.

وهذا إذا كان قد حدث تغير في الحالة المالية والقدر الذي يفي بحاجتها الضرورية هو ما يعبر عنه في العرف القضائي بفقه الفقهاء لأن يكون فوق طاقته لأن المعيار هو قول الله تعالى: ﴿لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما أتاه الله﴾ من الآية السابعة من سورة الطلاق.

ثم قرر المشروع ضرورة القضاء بنفقة مؤقتة للزوجة وأوجب على القاضي في حالة قيام سبب استحقاق النفقة وتوفر شروطه أن يفرض للزوجة في مدى أسبوعين على الأكثر من تاريخ رفع الدعوى نفقة مؤقتة بحكم غير مسبب واجب النفاذ فوراً إلى حين الحكم بالنفقة بحكم واجب النفاذ.

والملحوظ في هذا هو ألا تترك الزوجة مدة قد يطول فيها التقاضي دون أن يكون لها مورد تعيش منه فكان من واجب القاضي أن يبادر إلى تقرير النفقة المؤقتة بالمقدار الذي يفي بحاجتها الضرورية في ضوء ما استشفه من الأوراق والمرافعة ما دامت قد توافرت أمامه أسباب استحقاق النفقة وتحققت الشروط.

هذا الحكم المؤقت نافذاً فوراً إلى حين صدور الحكم من محكمة أول درجة في الدعوى وعندئذ يكون النفاذ لهذا الحكم الأخير دون المؤقت على نحوِ ما هو وارد في نصوص لائحة ترتيب المحاكم الشرعية في هذا الموضوع ثم رخص المشروع للزوج في حال سداده نفقة لزوجته بمقتضى الحكم المؤقت أن يجري المقاصة بين ما أداه فعلاً وبين المحكوم به عليه نهائياً على ألا يقل ما يبقى للزوجة وتقبضه فعلاً عن القدر الذي يفي بحاجتها الضرورية.

الحضانة

كان العمل جارياً على انتهاء حق النساء في الحضانة للصغير إذا بلغ سن السابعة ويجوز للقاضي أن يأذن ببقائه في يد الحاضنة إذا رأى مصلحته في ذلك إلى التاسعة وأن تنتهي حضانة الصغيرة لبلوغها التاسعة إلا إذا رأى القاضي مصلحتها في البقاء في يد الحانة فله ابقاؤها حتى الحادية عشرة.

وأنه بتتبع المنازعات الدائرة في شأن الصغار تبين أن المصلحة تقتضي العمل على استقرارهم حتى يتوفر لهم الأمان والاطمئنان وتهدأ نفوسهم فلا ينزعجون بنزعهم من الحاضنات ومن أجل هذا ارتأى المشروع إنهاء حضانة النساء للصغير ببلوغه العاشرة وحضانتهن للصغيرة ببلوغها سن الثانية عشرة ثم أجاز للقاضي بعد هذه السن ابقاء الصغير في يد الحاضنة حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج أخذاً بمذهب الإمام مالك في هذا الموضوع على أنه حال ابقاءهما في يد الحاضنة بهذا الاعتبار لا يكون للحاضنة حق اقتضاء أجرة حضانة وإنما لها الحق في نفقة المحضون الذاتية من طعام وكساء ومسكن وغير هذا من مصاريف تعليم وعلاج وما يقضي به العرف في حدود يسار الأب أو من يقوم مقامه.

كما أن وجود الولد ذكراً كان أو أنثى في يد الحاضنة سواء قبل بلوغهما سن العاشرة أو الثانية عشرة أو بعدها لا يغل يد والدهما عنهما ولا يحد من ولايته الشرعية عليهما فإن عليه مراعاة أحوالهما وتدبير أمورهما وولايته عليهما كاملة وإنما يد الحاضنة للحفظ والتربية ولها القيام بالضروريات التي لا تحتمل التأخير كالعلاج والالتحاق بالمدارس بمراعاة امكانيات الأب.

تم نص المشروع على حق كل من الأبوين في رؤية الصغير أو الصغيرة وأثبت هذا الحق للأجداد عند عدم وجود الأبوين باعتبارهم من الآباء.

وإذا تعذر تنظيم مواعيد الرؤية اتفاقاً نظمها القاضي بشرط ألا تتم في مكان يضر بالصغير أو الصغيرة كأقسام الشرطة وحق رؤية الأبوين للصغير أو الصغيرة مقرر شرعاً لأنه من باب صلة الأرحام التي أمر الله بها : **﴿وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله﴾** من الآية رقم ٧٥ من سورة الأنفال ثم منع المشروع تنفيذ حكم الرؤية جبراً وبالقوة حتى لا يضر هذا بالأولاد فإذا امتنع من بيده الولد عن تنفيذ حكم الرؤية بغير عذر أنذره القاضي فإن تكرر منه ذلك جاز للقاضي بحكم واجب النفاذ نقل الحضانة مؤقتاً إلى ما يلي هذا الممتنع عن تنفيذ حكم الرؤية من أصحاب الحق فيها لمدة يقدرها.

ولا مراء في أن تنفيذ الحكم بنقل الحضانة يتم بمجرد صدوره لشموله بالنفاذ قانوناً وبالقوة الجبرية عملاً بالمادة ٣٤٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ثم بين المشروع ترتيب الحاضنات والحاضنين من العصبة وذوي الأرحام على نحو ما هو مقرر في النص وما هو جارٍ به العمل وفقاً لفقه المذهب الحنفي.

مسكن الحضانة

إذا وقع الطلاق بين الزوجين وبينهما صغار فإن المنازعة تثور بينهما فيمن يختص بمسكن الزوجية المؤ[illegible] للزوج هل تنفرد به المطلقة والصغار بوصفها حاضنة لهم أو ينفرد به المطلق باعتبار أنه المتعاقد وحين نعود لأقوال الفقهاء نجد أنهم قالوا: إن من لها إمساك

الولد وليس لها مسكن فإن على الأب سكناهما جميعاً (الدر المختار للحصفكي فقه حنفي في كتاب الحضانة).

وإذا كان ذلك فإن للمطلقة الحاضنة بعد الطلاق الاستقلال مع محضونها بمسكن الزوجية المؤجر لمطلقها والد المحضون ما لم يعد لها المطلق مسكناً آخر مناسباً حتى إذا ما انتهت الحضانة أوتزوجت المطلقة فللمطلق أن يعود ليستقل دونها بذات المسكن إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانوناً.

ونص المشروع على اختصاص المحكمة الابتدائية بالفصل في الطلبين المشار إليهما في الفقرة الأولى من المادة الرابعة من المشروع.

وأجازت الفقرة الأخيرة من هذه المادة للنائب العام أو المحامي العام إصدار قرار مؤقت فيما يثور من منازعات بشأن حيازة المسكن المشار إليه حتى تفصل المحكمة نهائياً في النزاع.

حكم وقتـي

ولما كانت دعاوى الطاعة المنظورة أمام المحاكم الجزئية وقت العمل بهذا القانون سواء أكانت دعاوى أصلية أو معارضات في أحكام سبق صدورها غيابياً أصبحت من اختصاص المحاكم الابتدائية فإنه يتعين على المحاكم الجزئية إحالتها بالحالة التي تكون عليها وإعلان الغائب من المخصوم بأمر الإحالة مع تكليفه الحضور في المواعيد العادية أمام المحكمة التي أحيلت إليها الدعوى ولا يسري هذا الحكم على الدعاوى المحكوم فيها نهائياً وتبقى خاضعة للأحكام التي كانت جارية قبل العمل بهذا القانون.

ومن ثم جاءت المادة السادسة مقررة لهذا الحكم.

ومما يجب التنويه به أنه إذا دعت الحاجة لاستجلاء وجه بعض تلك النصوص وجب الرجوع لمصادرها التشريعية سالفة الذكر وأن الأصل دائماً هو الفقه الحنفي.

وأتشرف بعرض مشروع القرار بقانون المرافق بتعديل بعض أحكام قانون الأحوال الشخصية على هذا الوجه حتى إذا حاز موافقة مجلس الوزراء اتخذت اجراءات استصداره.

بشأن تعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية، وقانون التقاعد والتأمين والمعاشات للقوات المسلّحة الصادر بالقانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٥.

باسم الشعب :

رئيس الجمهورية:

قرر مجلس الشعب القانون الآتي نصه، وقد أصدرناه:

مادة ١ : يستبدل بنص المادتين ٢٢،٢١ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية النصان الآتيان:

مادة ٢١: يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنوات من تاريخ فقده.

ويعتبر المفقود ميتاً بعد مضي سنة من تاريخ فقده، في حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت، أو كان في طائرة سقطت، أوكان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية.

ويصدر رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع، بحسب الأحوال، وبعد التحري واستظهار القرائن التي يغلب معها الهلاك، قراراً بأسماء المفقودين الذين اعتبروا أمواتاً في حكم الفقرة السابقة. ويقوم هذا القرار مقام الحكم بموت المفقود.

وفي الأحوال الأخرى يفوّض تحديد المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضي على ألاّ تقل عن أربع سنوات، وذلك بعد التحري عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حياً

أو قرار وزير الدفاع باعتباره ميتاً على الوجه المبين في المادة السابقة تعتد زوجته عدة الوفاة وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم أو نشر القرار في الجريدة الرسمية كما تترتب كافة الآثار الأخرى.

مادة ٢: تسري أحكام هذا القانون على من سبق فقده في أي من الحالات الواردة في الفقرة الثانية من المادة ٢١ ومضى على فقده سنة على الأقل في تاريخ العمل بهذا القانون.

مادة ٣: تعدل المادة المنصوص عليها في المادة ٣٣٨ من قانون التقاعد والتأمين والمعاشات للقوات المسلحة الصادر بالقانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٥ إلى سنة من تاريخ الفقد.

مادة ٤: ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية، ويعمل به من اليوم التالي لتاريخ نشره.

يبصم هذا القانون بخاتم الدولة، وينفذ كقانون من قوانينها.

صدر برئاسة الجمهورية في ٢٩ من ذي القعدة سنة ١٤١٢هـ (الموافق أول يونيه سنة ١٩٩٢م).

قانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢

بتعديل بعض أحكام قوانين المرافعات المدنية والتجارية والإثبات في المواد المدنية والتجارية والعقوبات والإجراءات الجنائية وحالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض والرسوم القضائية ورسوم التوثيق في المواد المدنية.

باسم الشعب

رئيس الجمهورية

قرّر مجلس الشعب القانون الآتي نصه، وقد أصدرناه:

مادة ١: تستبدل عبارة "خمسة آلاف جنيه" بعبارة "خمسمائة جنيه" وعبارة "خمسمائة جنيه" بعبارة "خمسين جنيهاً" أينما وردتا، أوأيهما، في المواد ٤١ و٤٢ و٤٣ و٤٧ و٢٧٧ و٣٨٠ و٤٨٠ من قانون المرافعات المدنية والتجارية.

كما تستبدل عبارة "ثلاثمائة جنيه" بعبارة "ستين جنيهاً" في المادة ٩١٩ وعبارة "ألف جنيه" بعبارة "مائة جنيه" في المادة ٩٤٣، وعبارة "خمسة آلاف جنيه" بعبارة "ثلاثة آلاف جنيه" في المادتين ٩٧٢ و٩٧٣ وعبارة "خمسمائة جنيه" بعبارة "خمسين جنيهاً" وعبارة "ألف جنيه" بعبارة "مائة جنيه" في المادة ٩٨٧ من ذات القانون.

مادة ٢: يستبدل بنصوص المواد ٣٧ (بند ١) و٨٢ (فقرة أولى) و٩٩ (الفقرتان الثانية والثالثة) و١٠٤ (فقرة أولى) و١٣٠ و١٥١ (فقرة ثانية) و١٥٢ (فقرة أولى) و١٥٣ و١٥٥ و١٥٧ و١٥٩و١٦٢ و١٦٤ و١٩٤ و١٩٧ (فقرة أولى) و١٩٩ (فقرة أولى) و٢٠١ (فقرة أولى).

فهرس الكتاب

المحتوى	الصفحة